



Assemblée générale

Distr. générale
18 avril 2019
Français
Original : espagnol

Commission du droit international

Soixante et onzième session

Genève, 29 avril-7 juin 2019

et 8 juillet-9 août 2019

Septième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, établi par M^{me} Concepción Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale*

Table des matières

	<i>Page</i>
Introduction	3
A. Examen antérieur du sujet par la Commission du droit international	3
B. Plan du septième rapport	11
I. Notion de juridiction et aspects procéduraux de l'immunité (suite)	13
II. Invocation de l'immunité et renonciation à l'immunité	15
A. Considérations générales	15
B. Invocation de l'immunité	17
1. L'invocation comme condition procédurale	17
2. Compétence pour invoquer l'immunité	22
3. Moment où l'immunité doit être invoquée	25
4. Effets de l'invocation de l'immunité	26
C. Renonciation à l'immunité	28
1. Organes compétents pour renoncer à l'immunité	31
2. Forme que doit prendre la renonciation	32
3. Effets de la renonciation à l'immunité	37

* La Rapporteuse spéciale tient à remercier Carmen Quesada Alcalá, Fernando Val Garijo, Teresa Marcos Martín et Justo Corti Varela, professeurs de droit international public à l'Université nationale d'enseignement à distance, et Joana Abrisqueta, professeur de droit international public à l'Université de Deusto, pour leur contribution à l'établissement du présent rapport.



III.	Garanties procédurales entre l'État du for et l'État du représentant	39
A.	Notification à l'État du représentant de l'intention d'exercer la compétence pénale	42
B.	Échange d'informations	49
C.	Transfert des procédures pénales	53
D.	Consultations	59
IV.	Droits et garanties de procédure du représentant	60
A.	Portée et contenu des droits et des garanties de procédure	61
B.	Travaux antérieurs de la Commission	67
V.	Programme de travail futur	69
Annexes		
I.	Projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés par la Commission	71
II.	Projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État soumis à l'examen de la Commission à sa soixante et onzième session	74

Introduction

A. Examen antérieur du sujet par la Commission du droit international

1. À sa cinquante-huitième session, en 2006, la Commission du droit international a inscrit à son programme de travail à long terme le sujet intitulé « L'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère » (renommé par la suite « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État »), sur la base d'une proposition formulée dans son rapport à l'Assemblée générale sur les travaux de cette session¹. À sa cinquante-neuvième session, en 2007, la Commission a décidé d'inscrire ce sujet à son programme de travail actuel et nommé M. Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial². À la même session, elle a prié le Secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet³.

2. Le Rapporteur spécial a présenté trois rapports, dans lesquels il a délimité le champ du sujet, analysé diverses questions de fond touchant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et examiné certains aspects procéduraux de sa mise en œuvre⁴. La Commission a examiné les rapports du Rapporteur spécial à ses soixantième et soixante-troisième sessions, en 2008⁵ et en 2011⁶. De son côté, la Sixième Commission de l'Assemblée générale a examiné le sujet dans le cadre de son examen des rapports de la Commission, en particulier en 2008 et en 2011.

3. À sa soixante-quatrième session, en 2012, la Commission a nommé M^{me} Concepción Escobar Hernández Rapporteuse spéciale en remplacement de M. Kolodkin, qui n'était plus membre de la Commission⁷.

4. À cette même session, la Rapporteuse spéciale a présenté un rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère⁸, dans lequel elle entendait contribuer à clarifier les termes du débat qui s'était tenu jusqu'alors, recenser les principaux points de controverse qui subsistaient et les questions méritant d'être examinées, et établir une méthode et un plan de travail aux fins de l'examen du sujet. Le rapport préliminaire a été examiné par la Commission à sa soixante-quatrième session⁹ et par la Sixième Commission à la soixante-septième session de l'Assemblée générale¹⁰. Toutes deux ont approuvé les propositions de la Rapporteuse spéciale.

¹ Voir *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), par. 257, et annexe I.

² Voir *Annuaire... 2007*, vol. II (2^e partie), par. 376.

³ Voir *ibid.*, par. 386. L'étude du Secrétariat figure dans le memorandum publié sous la cote [A/CN.4/596](#) et Corr.1 (consultable sur le site Web de la Commission, documents de la soixantième session, 2008). Le texte définitif paraîtra sous forme d'additif à l'*Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie).

⁴ Les rapports du Rapporteur spécial Roman Kolodkin figurent dans les documents suivants : [A/CN.4/601](#) (rapport préliminaire), *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), p. 161 ; [A/CN.4/631](#) (deuxième rapport, 2010) ; [A/CN.4/646](#) (troisième rapport, 2011).

⁵ Voir *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), par. 266 à 311.

⁶ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, par. 104 à 203.

⁷ *Ibid.*, *soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 84.

⁸ [A/CN.4/654](#).

⁹ On trouvera un résumé des débats de la Commission sur le sujet dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 86 à 139. Voir également les comptes rendus analytiques provisoires des séances de la Commission publiés sous les cotes [A/CN.4/SR.3143](#) à [A/CN.4/SR.3147](#), consultables sur le site Web de la Commission.

¹⁰ La Sixième Commission de l'Assemblée générale a examiné le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État de la 20^e à la 23^e séance de sa soixante-septième

5. La Rapporteuse spéciale a présenté ensuite cinq autres rapports, en 2013, 2014, 2015, 2016 et 2018¹¹. Après avoir examiné ces rapports¹², la Commission a adopté à titre provisoire les projets d'article ci-après et les commentaires y relatifs : projet d'article 1 (champ d'application du projet d'articles)¹³ ; projet d'article 2, alinéas e) et f) (définition des termes « représentant de l'État » et « acte accompli à titre officiel »)¹⁴ ; les projets d'article 3 et 4 (éléments normatifs de l'immunité *ratione personae*)¹⁵ ; les projets d'article 5 et 6 (éléments normatifs de l'immunité *ratione materiae*)¹⁶ ; le projet d'article 7 (crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas) et son annexe¹⁷. Le texte des projets d'article et de l'annexe du projet d'article 7 adoptés à ce jour à titre provisoire par la Commission est reproduit à l'annexe I du présent rapport.

6. De son côté, la Sixième Commission a examiné les rapports de la Commission sur le sujet à ses sessions de 2013 à 2018¹⁸.

7. À sa soixante-dixième session, en 2018, la Commission n'a pu mener à bien l'examen du sixième rapport de la Rapporteuse spéciale, ce dernier n'ayant pas été distribué dans toutes les langues suffisamment à l'avance. La Commission a donc décidé de commencer cet examen à sa soixante-dixième session et de le poursuivre en 2019¹⁹.

session. En outre, deux États ont abordé le sujet à la 19^e séance. Les déclarations faites par les États dans le cadre de ces séances peuvent être consultées dans les comptes rendus analytiques publiés sous les cotes A/C.6/67/SR.19 à A/C.6/67/SR.23. Voir également le résumé thématique des débats de la Sixième Commission à la soixante-septième session de l'Assemblée générale établi par le Secrétariat (A/CN.4/657), par. 26 à 38.

¹¹ A/CN.4/661 (deuxième rapport), A/CN.4/673 (troisième rapport), A/CN.4/686 (quatrième rapport), A/CN.4/701 (cinquième rapport) et A/CN.4/722 (sixième rapport).

¹² On trouvera un exposé détaillé de l'examen du sujet par la Commission dans les rapports de cette dernière à l'Assemblée générale sur les travaux de ses soixante-cinquième à soixante-neuvième sessions : *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 43 à 49 ; *ibid.*, *soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, par. 126 à 132 ; *ibid.*, *soixante-dixième session, Supplément n° 10 (A/70/10)*, par. 174 à 243 ; *ibid.*, *soixante et onzième session, Supplément n° 10 (A/71/10)*, par. 190 à 250 ; *ibid.*, *soixante-douzième session, Supplément n° 10 (A/72/10)*, par. 68 à 141. Les débats de la Commission sont examinés dans la présente introduction.

¹³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 49.

¹⁴ *Ibid.*, *soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, par. 132 ; *ibid.*, *soixante et onzième session, Supplément n° 10 (A/71/10)*, par. 250.

¹⁵ *Ibid.*, *soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 49.

¹⁶ *Ibid.*, *soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, par. 132 ; *ibid.*, *soixante et onzième session, Supplément n° 10 (A/71/10)*, par. 250.

¹⁷ *Ibid.*, *soixante-douzième session, Supplément n° 10 (A/72/10)*, par. 141.

¹⁸ Voir les documents publiés sous les cotes A/CN.4/666 (par. 10 à 30), A/CN.4/678 (par. 37 à 51), A/CN.4/689 (par. 68 à 76), A/CN.4/703 (par. 51 à 61) et A/CN.4/713 (par. 29 à 44), où l'on trouvera les résumés thématiques, établis par le Secrétariat, des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale de sa soixante-huitième à sa soixante-douzième session. Les débats de la Sixième Commission sont résumés dans les comptes rendus analytiques publiés sous les cotes A/C.6/68/SR.17 à SR.19, A/C.6/69/SR.21 à SR.26, A/C.6/70/SR.20 et SR.22 à SR.25, A/C.6/71/SR.20, SR.24 et SR.26 à SR.30, et A/C.6/72/SR.18, SR.19 et SR.21 à SR.26. Le texte intégral des déclarations des délégations qui ont participé à ces débats peut être consulté aux adresses suivantes : <http://papersmart.unmeetings.org/fr/ga/sixth/68th-session/agenda>, <http://papersmart.unmeetings.org/fr/ga/sixth/69th-session/agenda>, <http://papersmart.unmeetings.org/fr/ga/sixth/70th-session/agenda>, <http://papersmart.unmeetings.org/fr/ga/sixth/71th-session/agenda> et <http://papersmart.unmeetings.org/fr/ga/sixth/72th-session/agenda>. Les débats de la Sixième Commission sur le sixième rapport fait l'objet d'une analyse dans la présente introduction.

¹⁹ Pour une vue d'ensemble de l'examen du sujet, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, par. 267 à 330.

8. Même s'ils ont souligné que leurs déclarations revêtaient un caractère préliminaire, les membres de la Commission qui ont pris la parole ont soulevé des questions intéressantes qu'il est utile de mentionner dans le présent rapport, lequel, comme il a été dit précédemment, doit être lu à la lumière des travaux antérieurs sur le sujet. En premier lieu, les membres de la Commission ont répété certaines vues qui avaient déjà été exprimées lors de sessions précédentes. À cet égard, ils ont rappelé que, dans son projet d'articles, la Commission devait préciser si les exceptions à l'immunité étaient l'expression du droit existant (*lex lata*) ou, au contraire, si elles relevaient du développement progressif du droit international et si dès lors le projet d'article 7 constituait une proposition *de lege ferenda*²⁰. Certains membres ont appelé l'attention sur la nécessité de parvenir à un consensus sur cette question et d'éviter les divisions au sein de la Commission²¹, l'un d'eux faisant même une proposition concrète en vue de la reformulation du projet d'article 7²². D'autres membres ont par ailleurs répété qu'il était indispensable de trouver un équilibre entre le principe de l'égalité souveraine des États et la lutte contre l'impunité des crimes internationaux les plus graves²³. Un des membres de la Commission a dit souhaiter que le lien entre l'immunité *ratione materiae* et le *jus cogens* soit examiné dans le septième rapport de la Rapporteuse spéciale²⁴. Cette question a également été soulevée lorsque le Rapporteur spécial a présenté son troisième rapport²⁵, dans lequel figuraient des propositions concernant les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) qui ont suscité un intense débat²⁶.

9. S'agissant de la question des aspects procéduraux de l'immunité, les membres de la Commission ont, en général, accueilli favorablement l'idée d'insérer dans le projet d'articles des dispositions qui en traitent. Ils ont demandé à la Rapporteuse spéciale de proposer un projet d'article à cet effet dans son septième rapport, en tenant compte des observations et des commentaires formulés par les États à la Sixième Commission²⁷. À ce sujet, ils ont également jugé essentiel que les garanties procédurales associées aux exceptions à l'immunité permettent d'empêcher que

²⁰ En ce sens, voir les déclarations de MM. Nolte (A/CN.4/SR.3439), Hassouna (A/CN.4/SR.3439) et Murphy (A/CN.4/SR.3440).

²¹ En ce sens, voir les déclarations de MM. Huang (A/CN.4/SR.3439), Nolte (A/CN.4/SR.3439), Murphy (A/CN.4/SR.3440) et Zagaynov (A/CN.4/SR.3440), ainsi que la déclaration, plus nuancée toutefois, de M. Gómez Robledo (A/CN.4/SR.3440).

²² Voir la déclaration de M. Nolte, qui a proposé de donner à ce projet d'article la forme d'une recommandation non contraignante adressée aux États (A/CN.4/SR.3439).

²³ En ce sens, voir les déclarations de MM. Saboia (A/CN.4/SR.3439), Hassouna (A/CN.4/SR.3439), Hmoud (A/CN.4/SR.3440), Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3439) et Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3440), ainsi que de M^{me} Oral (A/CN.4/SR.3440).

²⁴ Voir la déclaration de M. Nguyen (A/CN.4/SR.3439).

²⁵ Troisième rapport sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), établi par M. Dire Tladi, Rapporteur spécial (A/CN.4/714). Le projet de conclusion 23 était libellé comme suit :

Non-pertinence de la position officielle et inapplicabilité de l'immunité *ratione materiae*

1. La position officielle d'une personne qui commet une infraction interdite par une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ne constitue pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale.

2. L'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas aux infractions interdites par une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

²⁶ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, en particulier les par. 110, 141 à 148 et 161. Voir également le rapport provisoire présenté oralement à la Commission par le Président du Comité de rédaction le 26 juillet 2018, consultable sur le site Web de la Commission.

²⁷ En ce sens, voir les déclarations de MM. Murase (A/CN.4/SR.3438), Tladi (A/CN.4/SR.3438), Hmoud (A/CN.4/SR.3440), Nolte (A/CN.4/SR.3439), Nguyen (A/CN.4/SR.3439), Petrič (A/CN.4/SR.3440), Hassouna (A/CN.4/SR.3439) et Saboia (A/CN.4/SR.3439), ainsi que de M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.440).

l'exercice de la compétence soit abusif ou motivé par des considérations politiques²⁸. Plusieurs membres ont exprimé leurs vues sur certains aspects du sixième rapport, soulignant l'importance de la notion de compétence, qui détermine les procédures de l'État du for auxquelles l'immunité peut s'appliquer. Certains membres ont conclu en particulier que la comparution en qualité de témoin ne violait pas l'immunité à condition que la convocation ne revête pas un caractère obligatoire²⁹, tandis que les demandes de documents³⁰ et l'adoption de mesures conservatoires³¹, elles, y étaient contraires. En ce qui concerne le moment où la question de l'immunité doit être examinée, les membres de la Commission se sont accordés à dire que cet examen devait avoir lieu à un stade précoce de la procédure, même si, pour certains, ce ne devait pas être au stade de l'instruction³² afin de ne pas empêcher les enquêtes sur des personnes ne jouissant pas de l'immunité³³. Ils ont considéré que, dans tous les cas, la question devait être examinée au moment où il était envisagé de prendre contre le représentant d'un État des mesures contraignantes ou coercitives³⁴ de nature à l'empêcher d'exercer ses fonctions³⁵. S'agissant de l'organe compétent pour se prononcer sur l'immunité, bon nombre de membres ont déclaré que cette fonction devait revenir à des juges et être exercée par une juridiction de rang supérieur³⁶. Certains membres ont souligné la nécessité de réduire le pouvoir d'appréciation du procureur dans ce domaine³⁷, et d'autres celle de réserver un rôle au pouvoir exécutif à cet égard³⁸. Certains membres se sont dits favorables à l'idée que l'État du représentant puisse intervenir sous une forme ou une autre dans l'examen de l'immunité, soulignant notamment l'utilité des mécanismes de consultation, d'information et de coopération entre l'État du for et l'État du représentant³⁹. Pour plusieurs membres de la Commission, il serait également utile d'établir un mécanisme de règlement des différends devant un organe international⁴⁰.

10. Enfin, s'agissant de l'opportunité d'analyser le lien entre le présent sujet et les juridictions pénales internationales, un certain nombre de membres de la Commission

²⁸ En ce sens, voir les déclarations de MM. Nolte (A/CN.4/SR.3439), Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3439), Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3440), Murphy (A/CN.4/SR.3440) et Hmoud (A/CN.4/SR.3440), ainsi que de M^{me} Oral (A/CN.4/SR.3440).

²⁹ En ce sens, voir les déclarations de MM. Hassouna (A/CN.4/SR.3439), Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3439), Šturma (A/CN.4/SR.3439), Hmoud (A/CN.4/SR.3440) et Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3440).

³⁰ M. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3439).

³¹ En ce sens, voir les déclarations de MM. Saboia (A/CN.4/SR.3439) et Hmoud (A/CN.4/SR.3440), ainsi que de M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3440).

³² M. Saboia (A/CN.4/SR.3439).

³³ M. Šturma (A/CN.4/SR.3439) et M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3440).

³⁴ M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3440).

³⁵ En ce sens, voir les déclarations de MM. Gómez Robledo (A/CN.4/SR.3440) et Hmoud (A/CN.4/SR.3440).

³⁶ En ce sens, voir les déclarations de MM. Tladi (A/CN.4/SR.3438), Hassouna (A/CN.4/SR.3439), Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3439), Saboia (A/CN.4/SR.3439) et Hmoud (A/CN.4/SR.3440), ainsi que de M^{me} Oral (A/CN.4/SR.3440).

³⁷ En ce sens, voir les déclarations de MM. Murase (A/CN.4/SR.3438), Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3439), Saboia (A/CN.4/SR.3439) et Šturma (A/CN.4/SR.3439).

³⁸ En ce sens, voir les déclarations de MM. Tladi (A/CN.4/SR.3438), Nguyen (A/CN.4/SR.3439), Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3440), Gómez Robledo (A/CN.4/SR.3440) et Hmoud (A/CN.4/SR.3440), ainsi que de M^{me} Oral (A/CN.4/SR.3440).

³⁹ En ce sens, voir les déclarations de MM. Šturma (A/CN.4/SR.3439), Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3440) et Hmoud (A/CN.4/SR.3440), ainsi que de M^{mes} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3440) et Oral (A/CN.4/SR.3440).

⁴⁰ En ce sens, voir les déclarations de MM. Hassouna (A/CN.4/SR.3439) et Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3439).

se sont montrés favorables à une telle analyse⁴¹, mais d'autres se sont exprimés en sens contraire⁴².

11. L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État a également fait l'objet d'un débat à la Sixième Commission au cours duquel certains représentants ont fait référence au sixième rapport de la Rapporteuse spéciale⁴³. Les délégations ont redit que leurs observations revêtaient un caractère préliminaire, la Commission n'ayant pas encore achevé l'examen du rapport, et – comme cela avait été le cas à la Commission du droit international – répété certaines des positions qu'elles avaient déjà exprimées, notamment sur le projet d'article 7 et les exceptions à l'immunité ainsi que sur l'équilibre entre les valeurs devant inspirer l'examen du sujet de l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État, bien que cette dernière question ait été abordée selon des perspectives différentes⁴⁴.

12. Pour ce qui est du projet d'article 7 et des exceptions à l'immunité, il convient de relever que l'ajout de ce projet d'article et son contenu ont reçu un large soutien de la part des États⁴⁵, que ceux-ci considèrent la proposition comme une expression de la *lex lata* ou une proposition de *lege ferenda*⁴⁶. Toutefois, certains États ont demandé à la Commission d'indiquer clairement qu'elle en était la véritable nature⁴⁷, et d'autres ont proposé de modifier le projet d'article pour en étendre le champ au crime d'agression⁴⁸ ou en faire une clause générale d'exception dans laquelle ne figureraient pas de liste de crimes⁴⁹. Les États qui ont exprimé leur appui au projet d'article ont invoqué, d'une part, la nécessité de continuer à lutter contre l'impunité des crimes les plus graves et, d'autre part, l'équilibre du projet⁵⁰. Certains États ont rappelé la tendance, dans la pratique, à exclure les crimes internationaux du champ d'application de l'immunité *ratione materiae*⁵¹. En revanche, certains États ont déclaré que le projet d'article 7 ne reflétait pas la *lex lata*⁵² et que la Commission ne devrait faire figurer dans le projet d'articles que des propositions de *lex lata* reflétant des normes coutumières⁵³ ou, éventuellement, traiter la question selon le modèle

⁴¹ En ce sens, voir les déclarations de M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3440) et de M. Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3440) (qui se sont référés au principe de la complémentarité posé dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998), *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 2187, n° 38544, p. 3), de MM. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3439) et Hassouna (A/CN.4/SR.3439), ainsi que, en particulier, l'opinion de M. Murase (A/CN.4/SR.3438), qui a réaffirmé que le projet d'articles devrait être aligné sur l'article 27 du Statut de Rome.

⁴² Voir les déclarations de MM. Murphy (A/CN.4/SR.3440) et Zagaynov (A/CN.4/SR.3440).

⁴³ Voir également les comptes rendus analytiques des travaux de la Sixième Commission publiés sous les cotes A/C.6/73/SR.20 et SR.25 à SR.30. Le texte intégral des déclarations des délégués qui ont pris part au débat sur ce sujet peut être consulté à l'adresse suivante : <http://papersmart.unmeetings.org/fr/ga/sixth/73th-session/agenda>.

⁴⁴ Sur ce point, voir les déclarations des délégations suivantes : Bahamas [au nom de la Communauté des Caraïbes (CARICOM)], Chili, Japon, Saint-Siège, République islamique d'Iran, Israël, Afrique du Sud, Roumanie, Suisse, Thaïlande, Espagne, Singapour, Viet Nam, Slovaquie, Portugal, Pologne et Suède (au nom des pays nordiques).

⁴⁵ Voir les déclarations des pays suivants : Italie, Brésil, Azerbaïdjan, Pays-Bas, Suisse, Espagne, Tchéquie, Portugal, Grèce et Suède (au nom des pays nordiques).

⁴⁶ Voir, par exemple, les déclarations du Brésil, de la Suisse et de l'Espagne.

⁴⁷ En ce sens, voir, par exemple, la déclaration de la Suisse.

⁴⁸ L'Estonie, le Portugal et le Nicaragua se sont prononcés en ce sens.

⁴⁹ Les Pays-Bas se sont prononcés en ce sens.

⁵⁰ En ce sens, voir les déclarations de l'Italie, de l'Espagne, du Portugal et de la Suède (au nom des pays nordiques).

⁵¹ En ce sens, voir les déclarations de l'Italie et du Chili. Les États-Unis d'Amérique se sont prononcés en sens contraire.

⁵² En ce sens, voir les déclarations des pays suivants : Chine, République islamique d'Iran, Allemagne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Australie, Fédération de Russie, Israël, États-Unis, Thaïlande et Viet Nam.

⁵³ En ce sens, voir les déclarations d'Israël et du Viet Nam.

d'une règle conventionnelle⁵⁴. Certains pays se sont également prononcés sur le lien entre l'immunité de juridiction et les normes impératives du droit international (*jus cogens*)⁵⁵, même si un seul a jugé qu'il serait utile d'analyser ce lien, faisant valoir que cette analyse permettrait de mieux comprendre la relation entre l'immunité de juridiction et l'exercice de la compétence en cas de crimes internationaux⁵⁶. Enfin, il convient de signaler que certains États ont réaffirmé que le vote au sein de la Commission n'était pas souhaitable et appelé à la recherche du consensus⁵⁷.

13. En ce qui concerne les garanties procédurales, les États ayant participé au débat ont relevé que ces garanties devraient viser à ce que l'État du for se garde d'exercer de manière abusive sa juridiction pénale ainsi que de politiser cet exercice⁵⁸, et à ce que certains États ne soient pas en mesure de faire pression sur d'autres⁵⁹. À cet égard, plusieurs délégations ont estimé que ces garanties devaient concerner tant l'État du représentant que le représentant lui-même⁶⁰, alors que d'autres ont été d'avis que le principal objectif des garanties procédurales devait être de préserver la souveraineté de l'État du représentant⁶¹ et que les garanties et droits du représentant en matière pénale ne faisaient pas partie du sujet⁶². Enfin, un État a fait observer qu'en dépit de la mise en place de garanties procédurales, ces dernières ne permettaient pas de remédier à l'erreur commise par l'adoption provisoire du projet d'article 7⁶³.

14. Pour ce qui est des aspects procéduraux de l'immunité spécifiquement analysés dans le sixième rapport de la Rapporteuse spéciale, les délégations ayant participé au débat se sont déclarées généralement favorables au fait que la question de l'immunité soit examinée au stade le plus précoce possible, *in limine litis* et dans les meilleurs délais⁶⁴. Il a été ajouté que la question de l'immunité devrait être examinée chaque fois que des dispositions auront été adoptées qui imposent certaines obligations et donnent lieu à certaines mesures coercitives en cas de non-respect de ces dispositions⁶⁵, et lorsque l'adoption de telles ou telles mesures fait obstacle à l'exercice des fonctions de l'intéressé⁶⁶. Certains États ont fait valoir que la question de l'immunité devait être examinée tout au long du processus et à chacune de ses phases⁶⁷, alors que d'autres ont estimé qu'elle devait l'être aussi pour des actes n'imposant aucune obligation, comme dans le cadre d'une enquête ou préalablement à l'ouverture d'une enquête⁶⁸. Une délégation a affirmé qu'il était essentiel pour la Commission de ne pas se focaliser sur la phase du jugement mais d'étudier également la phase de l'enquête, préconisant la mise en place de mécanismes de coopération ou

⁵⁴ En ce sens, voir les déclarations de l'Allemagne et du Royaume-Uni.

⁵⁵ Voir les déclarations de l'Autriche, de la Chine et de l'Afrique du Sud.

⁵⁶ Voir la déclaration de l'Afrique du Sud.

⁵⁷ Voir les déclarations des pays suivants : Inde, Japon, Algérie, Royaume-Uni, Viet Nam, Fédération de Russie et États-Unis.

⁵⁸ Voir les déclarations de la Chine, du Japon, de la Malaisie, de la Turquie, de la République islamique d'Iran, d'Israël, de la Fédération de Russie, de la Roumanie, de la Suisse, de la Thaïlande, de l'Irlande, du Mexique, du Nicaragua et de la Suède (au nom des pays nordiques).

⁵⁹ Voir la déclaration de la Fédération de Russie.

⁶⁰ Voir les déclarations d'Israël, de la Suisse, de l'Irlande et de la Suède (au nom des pays nordiques).

⁶¹ Voir la déclaration de la République islamique d'Iran.

⁶² Voir la déclaration de la Chine.

⁶³ Voir *ibid.*

⁶⁴ Voir les déclarations des Bahamas (au nom de la Communauté des Caraïbes), du Saint-Siège, de la Malaisie, de la Turquie, d'Israël, de la République d'Afrique du Sud, de l'Irlande, de l'Espagne, de la Tchéquie et de la Pologne.

⁶⁵ Voir les déclarations du Saint-Siège, de la Malaisie, de l'Estonie, de l'Autriche et des Pays-Bas.

⁶⁶ Cette question est notamment examinée dans les déclarations de l'Afrique du Sud, de la Roumanie, de l'Espagne et de la Tchéquie.

⁶⁷ Voir les déclarations de la Pologne et de l'Autriche.

⁶⁸ Voir les déclarations d'Israël, de la Chine et de la Turquie.

d'autorisation préalable⁶⁹. Une autre délégation a estimé qu'en la matière, la pratique existante n'était pas claire et que l'*opinio juris*⁷⁰ n'était pas concluante. Plusieurs États ont convenu que les tribunaux avaient compétence pour déterminer l'application de l'immunité⁷¹ ; en revanche, une délégation a mentionné la possibilité d'établir un organe spécial⁷², alors que d'autres ont fait observer que cette détermination pouvait également relever de l'exécutif⁷³. Une délégation a attiré l'attention sur la diversité des modèles existants dans les législations nationales⁷⁴, et d'autres ont affirmé que la Commission ne devait pas proposer de normes à cet égard mais plutôt se concentrer sur les normes internationales applicables et sur la nécessité d'assurer la cohérence interne dans le contexte de l'immunité⁷⁵.

15. Enfin, pour ce qui est des travaux futurs de la Commission, il convient de souligner que plusieurs délégations se sont déclarées en faveur de la mise en place de mécanismes de communication et de coopération internationale⁷⁶, et ont exprimé des avis favorables⁷⁷ et défavorables⁷⁸ à ce que la Commission examine la question du lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère et les juridictions pénales internationales.

16. Pour terminer ce résumé des travaux précédemment effectués sur le présent sujet, il convient de rappeler que, depuis 2013, la Commission invite les États à lui communiquer des informations sur différents points se rapportant à ce même sujet. En 2014, les États suivants ont communiqué les informations sollicitées : Allemagne, Belgique, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Irlande, Mexique, Norvège, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Suisse et Tchéquie⁷⁹. En 2015, les États suivants ont transmis des contributions : Allemagne, Autriche, Cuba, Espagne, Finlande, France, Pays-Bas, Pérou, Pologne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Suisse et Tchéquie⁸⁰. En 2016, des contributions écrites ont été reçues de la part des États suivants : Australie, Autriche, Espagne, Paraguay, Pays-Bas, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Suisse⁸¹. En 2017, les États suivants ont communiqué des observations écrites :

⁶⁹ Voir la déclaration de la Turquie.

⁷⁰ Voir la déclaration des États-Unis d'Amérique.

⁷¹ Voir les déclarations des Bahamas, de la Malaisie et de l'Espagne.

⁷² Voir la déclaration des Bahamas.

⁷³ Voir les déclarations de la Turquie, d'Israël et de la Roumanie. Les Bahamas ont également mentionné cette possibilité.

⁷⁴ Voir la déclaration de l'Afrique du Sud, qui a aussi mis en garde contre les risques liés à la reconnaissance d'un plus large pouvoir d'appréciation au parquet.

⁷⁵ Voir les déclarations de la Chine et des États-Unis d'Amérique.

⁷⁶ Voir les déclarations de l'Estonie, de la Roumanie, de l'Espagne et d'Israël (qui a préconisé la définition d'un système fondé sur la subsidiarité de l'État du for).

⁷⁷ Voir la déclaration du Mexique.

⁷⁸ Voir les déclarations de l'Autriche et de la Fédération de Russie.

⁷⁹ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 25. La Commission a demandé aux États « de lui donner, avant le 31 janvier 2014, des informations sur la pratique de leurs organes, reflétée en particulier dans des décisions de justice, en ce qui concern[ait] la signification donnée aux expressions “actes officiels” ou “actes accomplis à titre officiel” dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ».

⁸⁰ *Ibid.*, *soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, par. 28. La Commission a prié les États « de lui fournir, le 31 janvier 2015 au plus tard, des informations sur leur droit interne et leur pratique, en particulier leur pratique judiciaire, relativement aux questions suivantes : a) le sens donné aux expressions “actes officiels” et “actes accomplis à titre officiel” dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ; b) les exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ».

⁸¹ *Ibid.*, *soixante-dixième session, Supplément n° 10 (A/70/10)*, par. 29. La Commission a fait savoir qu'elle « apprécierait que les États lui fournissent des informations sur leur droit interne et leur

Allemagne, Autriche, France, Mexique, Pays-Bas, Suisse et Tchèque⁸². En 2018 et 2019, les États suivants ont transmis des informations : Autriche, El Salvador, Espagne, Maroc, Pays-Bas et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord⁸³. De plus, dans leurs déclarations à la Sixième Commission, plusieurs États ont répondu à certains volets des questions posées par la Commission. La Rapporteuse spéciale tient à remercier tout particulièrement ces États d'avoir communiqué des informations, qui présentent la plus grande utilité pour les travaux de la Commission. De même, elle leur serait reconnaissante de toutes autres observations qu'ils pourraient lui communiquer ultérieurement. Les observations formulées et les déclarations faites par les États à la Sixième Commission ont été dûment prises en compte dans la rédaction du présent rapport.

17. Depuis la soixante-dixième session de la Commission (2018), la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État a été examinée devant la Cour pénale internationale, à l'occasion de l'appel formé par la Jordanie contre la décision rendue par la Chambre préliminaire II de déférer devant l'Assemblée des États parties la question du non-respect par ledit pays de son obligation de coopérer avec la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise du Président du Soudan, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, accusé de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et de génocide⁸⁴. Si l'affaire porte sur la question particulière de la coopération des États parties avec la Cour pénale internationale, dans plusieurs mémoires présentés devant cette Cour et lors de différentes audiences tenues en septembre 2018, ont été soulevées un certain nombre de questions concernant les exceptions à l'immunité et la distinction entre la notion de juridiction pénale internationale et celle de juridiction pénale étrangère qui présentent un intérêt particulier dans le cadre du présent sujet. La Commission doit garder à l'esprit ce débat auquel certains de ses membres ont participé et dans le cadre duquel il a été fait

pratique, en particulier leur pratique judiciaire, en ce qui concern[ait] les limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ».

⁸² Ibid., *soixante et onzième session, Supplément n° 10 (A/71/10)*, par. 35. La Commission a demandé aux États en 2016 « de lui fournir des informations sur leur législation et leur pratique, notamment leur pratique judiciaire et exécutive, relativement aux questions suivantes : a) l'invocation de l'immunité ; b) la renonciation à l'immunité ; c) la question de savoir à quel stade les autorités nationales tiennent compte de l'immunité (enquête, mise en accusation, jugement) ; d) les instruments dont dispose l'exécutif pour transmettre aux tribunaux nationaux les informations, les documents ou les avis juridiques relatifs à une affaire pour laquelle la question de l'immunité est examinée ou est susceptible d'être examinée ; e) les mécanismes d'assistance, de coopération et de consultation juridiques internationales auxquels les autorités de l'État peuvent avoir recours dans une affaire pour laquelle la question de l'immunité est examinée ou est susceptible d'être examinée. » Cette demande a été réitérée en 2017 (ibid., *soixante-douzième session, Supplément n° 10 (A/72/10)*, par. 30).

⁸³ Ibid., *soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, par. 34. La Commission a demandé aux États « de lui fournir des informations sur leur législation et leur pratique, notamment leur pratique judiciaire, administrative et autre, relativement aux aspects procéduraux de l'immunité, en particulier l'invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité, ainsi que sur les mécanismes de communication, de consultation, de coopération et d'entraide judiciaire internationale dont les États disposent lorsque leurs autorités nationales examinent ou sont susceptibles d'examiner la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ». Elle a également demandé aux organisations internationales de lui fournir toute information « concernant les mécanismes de coopération internationale qui, dans le cadre de leurs compétences, peuvent avoir des incidences sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ».

⁸⁴ Un aperçu de l'affaire *Al Bashir* est disponible à l'adresse suivante : www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/docs/AlBashirCisEng.pdf. Voir la décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant la non-exécution par la Jordanie de la demande que lui avait adressée la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Al Bashir, en date du 11 décembre 2017 (ICC-02/05-01/09-309-tFRA). La Jordanie a interjeté appel de cette décision le 12 mars 2018 (ICC-02/05-01/09-326-tFRA).

référence à plusieurs reprises à ses travaux sur ce sujet⁸⁵. Il convient toutefois de noter que la Cour pénale internationale ne s'était pas encore prononcée sur l'appel en question au moment de l'achèvement du présent rapport.

18. Il importe également de relever que l'ordre du jour de l'Assemblée générale comprend un point intitulé « Demande d'avis consultatif à la Cour internationale de Justice sur les effets des obligations imposées aux États par différentes sources de droit international en ce qui concerne l'immunité des chefs d'État et de gouvernement et hauts fonctionnaires⁸⁶ ». Inscrit à la demande du Kenya au nom des États africains membres de l'Organisation des Nations Unies, ce point de l'ordre du jour est directement lié au débat interne soulevé autour de la question de la coopération avec la Cour pénale internationale à l'occasion des poursuites engagées contre divers dirigeants africains, en particulier les Présidents Al Bashir (Soudan) et Kenyatta (Kenya)⁸⁷. Bien que l'Assemblée ait inscrit ce point à son ordre du jour, elle n'en a renvoyé l'examen à aucune Commission. De plus, au moment de l'achèvement du présent rapport, les auteurs de la demande d'inscription n'avaient pas encore communiqué le texte correspondant et le Bureau de l'Assemblée n'avait pas encore programmé l'examen de ce point de l'ordre du jour en séance plénière.

B. Plan du septième rapport

19. Comme il a été indiqué plus haut, la Commission n'a pas pu mener à terme le débat sur le sixième rapport de la Rapporteuse spéciale, lequel est resté ouvert aux commentaires des membres de la Commission durant la présente session. Les membres pourront présenter leurs observations en même temps que celles concernant le septième rapport qui est actuellement soumis à la Commission pour examen⁸⁸.

20. En réalité, ces deux rapports font partie du traitement intégral des aspects procéduraux de l'immunité, raison pour laquelle les points soulevés dans le présent rapport doivent être compris à la lumière des considérations générales figurant dans le sixième rapport, lesquelles, pour des raisons d'économie, n'ont pas à être reproduites ici. Toutefois, pour faciliter la lecture et la compréhension du présent rapport, il semble nécessaire d'inclure tout au moins certaines références aux critères ayant orienté l'approche du sujet des aspects procéduraux de l'immunité qui a été adoptée dans les deux rapports, ainsi que les sujets à analyser dans ce contexte. Les deux questions sont abordées plus amplement dans le sixième rapport, auquel la Rapporteuse spéciale renvoie⁸⁹.

21. S'agissant de la première question, il suffit ici de rappeler que l'analyse des aspects procéduraux dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est justifiée par diverses raisons. Au nombre de ces dernières, il convient de souligner, en premier lieu, que cette immunité doit s'exercer devant une juridiction pénale étrangère qui, dans le cadre des fonctions dont elle s'acquitte, applique des normes, principes et procédures qu'il est impossible d'ignorer. Il faut ajouter, en deuxième lieu, que toute procédure engagée par l'État du for concernant ce type d'immunité se caractérise par la présence d'un élément d'extranéité (le représentant de l'État) que les juridictions doivent nécessairement prendre en compte pour pouvoir décider s'il leur est possible ou non d'exercer leur

⁸⁵ Voir la transcription des audiences publiques tenues du 10 au 14 septembre 2018 devant la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale (ICC-02/05-01/09-386 et annexes 1 à 5).

⁸⁶ Point 89 de l'ordre du jour de la soixante-treizième session de l'Assemblée générale (A/73/251).

⁸⁷ Voir A/73/144.

⁸⁸ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10* (A/73/10), par. 26 et 293.

⁸⁹ Voir A/CN.4/722, par. 23 à 44.

compétence (notamment, quant à déterminer si l'intéressé répond à la qualification de « représentant de l'État », si les actes ont été accomplis « à titre officiel », et si le représentant exerçait ses fonctions officielles à un moment donné).

22. La simple mention de ces deux éléments suffirait déjà à justifier l'analyse des aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, faute de quoi le travail de la Commission sur le sujet resterait incomplet et ne pourrait produire tous ses effets. De plus, il convient d'attirer l'attention sur certains éléments dont la valeur ne saurait être ignorée, étant donné leur portée : a) les solutions procédurales confèrent une certaine sécurité juridique tant à l'État du for qu'à l'État du représentant et permettent de réduire au minimum la prise en compte de facteurs politiques et la possibilité d'un abus ou d'une politisation de l'exercice de la juridiction à l'égard d'un représentant d'un État étranger ; b) les solutions procédurales contribuent à introduire un élément de neutralité dans le traitement de l'immunité de juridiction pénale étrangère, à établir un climat de confiance entre l'État du for et l'État du représentant et à limiter les effets non désirés de la création d'une instabilité dans les relations internationales qu'un débat sur l'immunité pourrait susciter.

23. D'un autre point de vue, il convient également d'attirer l'attention sur le fait que l'examen des aspects procéduraux de l'immunité est particulièrement précieux dans la mesure où il permet de garantir un équilibre quant à la préservation des principes et valeurs juridiques de la communauté internationale suivants : a) en premier lieu, l'équilibre entre le principe de l'égalité souveraine des deux États concernés (celui du for et celui du représentant), dont le droit légitime d'exercer leurs compétences respectives est modifié par le jeu de l'immunité ; b) en deuxième lieu, l'équilibre entre, d'un côté, le respect et la garantie du principe de l'égalité souveraine des États et, de l'autre, le respect des autres principes et valeurs juridiques de la communauté internationale qui, d'une manière générale, sont incarnés dans les institutions chargées de la responsabilisation et de la lutte contre l'impunité ; c) en dernier lieu, l'équilibre entre, d'un côté, le droit de l'État du for d'exercer, s'il y a lieu, sa juridiction pénale et, de l'autre, la nécessité de respecter les droits et garanties procédurales du représentant de l'État qui pourrait pâtir de l'exercice de ladite juridiction.

24. À la lumière des réflexions précédentes, la Rapporteuse spéciale a proposé dans son sixième rapport d'examiner successivement les groupes de questions suivants :

a) Les conséquences que la notion de juridiction entraîne pour les aspects procéduraux de l'immunité, en particulier concernant la détermination du moment où la question de l'immunité doit être examinée, la détermination des actes des autorités de l'État du for qui peuvent être visés par l'immunité, ainsi que les questions relatives à la détermination de l'immunité ;

b) Les éléments de procédure qui ont une signification procédurale autonome du fait de leur caractère déterminant et leur lien direct avec l'application ou la non-application de l'immunité dans telle ou telle affaire, et qui constituent une garantie de première ligne pour l'État du représentant, en particulier s'agissant de l'invocation de l'immunité et de la renonciation à l'immunité ;

c) Les éléments qui constituent une forme de garantie procédurale pour l'État du représentant, en particulier les mécanismes qui facilitent la communication et les consultations entre l'État du for et l'État du représentant, les mécanismes assurant la transmission des informations de l'État du représentant aux juridictions de l'État du for et inversement, et les modes de coopération et d'entraide judiciaire internationale applicables entre les deux États ;

d) Les garanties procédurales inhérentes à la notion de procès équitable.

25. Le premier ensemble de questions ayant été examiné dans le sixième rapport, les trois autres le seront dans le présent rapport. À cette fin, le présent rapport s'articule autour de quatre chapitres consacrés aux questions suivantes : la poursuite de l'analyse de la relation entre la notion de juridiction et les aspects procéduraux de l'immunité, y compris le projet d'articles (chap. I) ; l'invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité (chap. II) ; le fonctionnement des garanties procédurales entre l'État du for et l'État du représentant (chap. III) ; les droits et garanties procédurales du représentant (chap. IV). L'examen de ces questions est assorti de projets d'article que la Commission devra analyser en relation avec les sixième et septième rapports. Le présent rapport comprend également un chapitre sur le futur plan de travail (chap. V), ainsi que deux annexes regroupant les projets d'article adoptés à titre provisoire par la Commission (annexe I) et les projets d'article proposés dans le présent rapport (annexe II).

Chapitre I

Notion de juridiction et aspects procéduraux de l'immunité (suite)

26. Dans le sixième rapport, on a analysé la notion de juridiction et les aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère ayant un rapport étroit avec cette notion, en particulier l'élément temporel constitué par la question de savoir à quel moment doit être examinée la question de l'immunité, les catégories d'actes visées par l'immunité, et la détermination de l'immunité⁹⁰. Il n'est pas nécessaire de présenter ici à nouveau cette analyse, ni même ses composantes essentielles, étant donné que l'examen du sixième rapport par la Commission se poursuivra parallèlement au débat sur le présent rapport. À ce stade, il suffit donc de résumer les principales conclusions du sixième rapport sur ces questions, à savoir :

a) L'immunité de juridiction pénale étrangère est examinée par les juridictions de l'État du for aux stades suivants : i) avant l'engagement de poursuites contre un représentant d'un État étranger ; ii) avant le début de la mise en accusation ou de la mise en examen formelle du représentant ; iii) avant l'adoption de toutes mesures expressément dirigées contre le représentant et lui imposant des obligations dont le non-respect est susceptible de l'exposer à l'application de mesures de contrainte pouvant, selon toute vraisemblance, faire obstacle à l'exercice de ses fonctions étatiques, en particulier de mesures ayant un caractère conservatoire et pouvant être prises lors de la phase d'enquête ou d'instruction. En tout état de cause, rien n'interdit aux juridictions de l'État du for d'examiner la question de l'immunité à un stade ultérieur, et notamment en cas de recours ou d'appel.

b) L'examen de l'immunité peut également avoir lieu lorsque les juridictions de l'État doivent prendre une décision concernant la détention d'un représentant étranger, sa convocation en qualité de témoin et la demande de communication de documents, ou doivent ordonner des mesures conservatoires, à condition que ces décisions touchent directement le représentant en question, lui imposent des mesures coercitives, ou l'empêchent de bien s'acquitter de ses fonctions.

c) Étant donné que l'application de l'immunité de juridiction aura pour effet de paralyser la juridiction compétente, il convient de conclure que cette compétence revient aux organes judiciaires de la juridiction concernée. Ce sont donc les tribunaux de l'État du for qui seront compétents pour statuer définitivement sur la question, même s'il est également envisageable que d'autres organes que des juges, notamment des procureurs, puissent prendre cette décision s'ils sont chargés de l'enquête ou de

⁹⁰ Ibid., chap. II.

l'instruction et si, dans l'exercice de leurs fonctions, la question de l'immunité se pose à propos de certains actes visés à la section précédente⁹¹. Cependant, il ne résulte pas de là que d'autres entités ou autorités de l'État ne puissent pas formuler des avis à ce sujet et contribuer ainsi avec les juridictions à la détermination de l'immunité. Cette coopération peut prendre diverses formes, qu'il s'agisse de recourir à des mécanismes généraux ou à des moyens ad hoc créés spécialement aux fins d'examiner l'immunité de juridiction.

27. Compte tenu des conclusions qui précèdent et de l'étude figurant dans le sixième rapport, les projets d'article ci-après sont proposés :

Troisième partie

Dispositions et garanties procédurales

Projet d'article 8

Examen de la question de l'immunité par l'État du for

1. Les autorités compétentes de l'État du for examinent la question de l'immunité dès qu'elles ont connaissance qu'un représentant étranger peut être visé par une procédure pénale.
2. L'examen de la question de l'immunité intervient à un stade précoce de l'instance, avant la mise en accusation du représentant et l'engagement des poursuites.
3. L'examen de la question de l'immunité intervient en tout état de cause si les autorités compétentes de l'État ont l'intention de prendre contre le représentant étranger une mesure coercitive susceptible de l'empêcher d'exercer ses fonctions.

Projet d'article 9

Détermination de l'immunité

1. La détermination de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État incombe aux juridictions compétentes de l'État du for, sans préjudice de la participation d'autres organes de l'État qui, conformément à la législation nationale, pourront coopérer avec eux.
 2. L'immunité de l'État étranger est déterminée conformément aux dispositions du présent projet d'articles et selon les procédures établies par le droit national.
 3. La juridiction compétente examine si l'État du représentant a invoqué l'immunité ou a renoncé à l'immunité, ainsi que les informations lui ayant été communiquées par d'autres autorités de l'État du for et par les autorités de l'État du représentant dans la mesure du possible.
28. Outre les deux projets d'article proposés, il convient de rappeler que la Commission devra examiner les définitions des termes « juridiction⁹² », « immunité

⁹¹ La possibilité que le procureur détermine l'immunité semble avoir amené les Pays-Bas à affirmer dans leurs observations écrites qu'il y avait peu de pratique pertinente concernant l'invocation de l'immunité car le procureur commençait en principe par déterminer si une forme d'immunité s'appliquait avant d'exercer l'action publique. L'Allemagne et le Mexique font également référence à la prise en considération de l'immunité par le procureur. Dans le cas de l'Autriche, si le procureur général, à l'issue de l'enquête préliminaire, aboutit à la conclusion qu'il peut exister une forme d'immunité applicable, il doit informer le Ministère de la justice des faits de l'espèce et des mesures qu'il compte prendre.

⁹² « *Projet d'article 3. Définitions*

Aux fins du présent projet d'articles :

(a) On entend par "juridiction pénale" l'ensemble des compétences, processus, procédures et actes qui, conformément au droit de l'État qui entend exercer sa compétence, sont nécessaires

de juridiction pénale étrangère⁹³ », « immunité *ratione personae* » et « immunité *materiae*⁹⁴ », qui figurent dans le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale et qui ont été renvoyées alors au Comité de rédaction. Ce dernier ne les a pas examinées en détail et a décidé qu'il les étudierait à un stade ultérieur de ses travaux sur le sujet⁹⁵.

Chapitre II

Invocation de l'immunité et renonciation à l'immunité

A. Considérations générales

29. Comme indiqué dans le sixième rapport, l'invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité font partie des questions qui ont été traditionnellement abordées dans les études sur l'immunité en général et sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État en particulier. S'agissant du sujet qui nous intéresse, il convient de noter que ces questions ont déjà été examinées dans les rapports présentés par le précédent Rapporteur spécial, M. Kolodkin⁹⁶, ainsi que dans le mémorandum établi par le Secrétariat⁹⁷. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que l'invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité sont régies par des traités et d'autres instruments internationaux consacrés à l'immunité ou comportant des dispositions sur la question, dont un grand nombre s'inspirent de projets d'articles adoptés par la Commission elle-même, ainsi que par les rares lois nationales relatives à l'institution de l'immunité. En outre, plusieurs juridictions, nationales comme internationales, ont été appelées à examiner la question de l'invocation de l'immunité et de la renonciation à l'immunité et à se prononcer sur le sujet. Autant d'éléments de pratique auxquels il est fait référence dans les développements qui suivent.

30. Ce traitement est logique si l'on tient compte de la nature et de l'importance de ces deux actions procédurales, qui sont des éléments essentiels sur lesquels se fondent les juridictions de l'État du for pour rechercher si telle ou telle situation est couverte

pour qu'une juridiction puisse déterminer et sanctionner la responsabilité pénale individuelle des auteurs d'actes érigés en crimes ou délits par la loi de cet État. Aux fins de la définition de la notion de "juridiction pénale", le titre de compétence sur lequel l'État se fonde pour exercer sa compétence est indifférent » (A/CN.4/661, par. 42). Dans la version actuelle des projets d'articles adoptés à titre provisoire par la Commission, il s'agit du projet d'article 2.

⁹³ « *Projet d'article 3. Définitions*

Aux fins du présent projet d'articles :

[...]

b) On entend par "immunité de juridiction pénale étrangère" la protection dont jouissent certains fonctionnaires de l'État et qui fait obstacle à l'exercice de la compétence pénale par les juridictions d'un État tiers » (A/CN.4/661, par. 46).

⁹⁴ « *Projet d'article 3. Définitions*

Aux fins du présent projet d'articles :

[...]

c) On entend par "immunité *ratione personae*" l'immunité de juridiction pénale étrangère qui s'attache à certains fonctionnaires de l'État en vertu de la qualité qu'ils détiennent dans l'État dont ils ont la nationalité et qui leur donne une fonction de représentation directe et automatique de l'État dans les relations internationales ;

d) On entend par "immunité *ratione materiae*" l'immunité de juridiction pénale étrangère qui s'attache à un fonctionnaire de l'État pour les actes qu'il accomplit dans l'exercice de ses fonctions et qui peuvent être qualifiés d'"actes officiels" (A/CN.4/661, par. 53).

⁹⁵ Voir la déclaration du Président du Comité de rédaction de la soixante-cinquième session de la Commission, en date du 7 février 2013, p. 16 à 18, disponible sur le site Web de la Commission.

⁹⁶ Voir en particulier A/CN.4/646, par. 14 à 57.

⁹⁷ Voir A/CN.4/596, par. 213 à 269.

par l'immunité et, partant, décider s'il y a lieu d'exercer leur propre compétence. À cet égard, trois considérations préalables méritent d'être brièvement exposées :

a) L'immunité de juridiction (en l'occurrence, l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État) est reconnue aux fins d'assurer la protection des droits de l'État et de garantir la bonne exécution de ses fonctions. En conséquence, la position adoptée par l'État du représentant en ce qui concerne l'exercice de la compétence pénale des tribunaux étrangers revêt une importance particulière ;

b) Si l'État du représentant invoque l'immunité de juridiction, il faut en déduire qu'il estime que l'action des tribunaux de l'État du for risque de porter atteinte à ses droits et à ses intérêts ;

c) Si l'État du représentant renonce à se prévaloir de l'immunité de juridiction, il faut en déduire qu'il ne considère pas que l'action de ces tribunaux risque de porter atteinte à ses droits et à ses intérêts.

31. De ce point de vue, les deux institutions (invocation et renonciation) présentent des éléments communs et peuvent dans certains cas coïncider en ce qui concerne les effets que l'une et l'autre peuvent avoir sur l'application de l'immunité ou l'exercice de la juridiction. Néanmoins, l'invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité présentent des différences sur les plans conceptuel et procédural. Peut-être est-ce là la raison pour laquelle ces deux actions ont été traitées de façon très différentes du point de vue normatif, que ce soit dans les travaux de la Commission et les instruments internationaux qui s'en inspirent ou dans les lois nationales relatives à l'immunité, y compris les textes de codification privée, et notamment les résolutions de l'Institut de Droit international. Il suffit de noter à ce stade que, dans tous ces instruments, l'accent porte sur la renonciation et que l'invocation de l'immunité n'y est évoquée qu'indirectement.

32. Par ailleurs, bien que l'invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité déterminent l'application de l'immunité et l'exercice de la juridiction, il s'agit en fait de simples institutions procédurales au moyen desquelles l'État du représentant fait valoir un droit qu'il considère sien (l'immunité de ses représentants) ou y renonce. Cependant, aucune de ces actions n'affecte ni ne modifie les éléments normatifs de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État qui ont déjà été définis par la Commission et sans lesquels il n'est pas possible de parler de l'existence de l'immunité. De même, elles n'influent pas sur les règles relatives aux limites et aux exceptions à l'immunité, qui ont un caractère substantiel et avec lesquelles elles ne peuvent pas être confondues.

33. En tout état de cause, il convient de noter que l'invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité constituent les premières garanties dont dispose l'État du représentant pour veiller à ce que les droits et intérêts protégés par le système de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État soient dûment respectés. Aux fins du présent sujet, il est donc particulièrement important d'établir clairement le mode de fonctionnement de ces deux institutions procédurales. Ces dernières sont examinées séparément dans les développements qui suivent sur la base des éléments de pratique mentionnés plus haut, compte étant également tenu des observations que les États ont formulées sur ces questions jusqu'à présent, que ce soit dans les réponses écrites aux questions posées par la Commission ou dans les déclarations faites à la Sixième Commission.

B. Invocation de l'immunité

34. Comme indiqué dans le sixième rapport, l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État doit être appréciée par les tribunaux de l'État du for le plus tôt possible, car ce n'est qu'à cette condition que l'immunité pourra produire ses effets véritables⁹⁸. Cependant, il faut pour cela que la question de l'immunité soit soulevée devant l'organe compétent, soit d'office soit à l'initiative de la partie intéressée. Dans le deuxième cas seulement, on se trouve face à l'invocation au sens strict. Aux fins du présent sujet, il faut répondre aux questions suivantes : a) l'immunité doit-elle être invoquée pour être appliquée ? ; b) qui peut invoquer l'immunité et par quelle voie ? ; c) à quel moment l'immunité doit-elle être invoquée ? ; d) quels sont les effets de l'invocation de l'immunité ?

1. L'invocation comme condition procédurale

35. Comme indiqué plus haut, pour pouvoir être examinée par les organes de l'État du for, la question de l'immunité doit être soulevée devant eux. Il s'agit d'une exigence logique qui n'appelle aucune justification supplémentaire, pas même celle tirée de sa mention dans les instruments juridiques relatifs à l'immunité. Toutefois, il n'est pas possible de parvenir à une conclusion similaire en ce qui concerne les moyens par lesquels la question de l'immunité doit être soulevée. Il résulte en effet de la pratique normative qu'il n'existe pas de règle claire sur la nécessité ou non pour la personne intéressée d'invoquer l'immunité. À cet égard, il est intéressant d'analyser les travaux antérieurs de la Commission, les instruments internationaux consacrés à l'immunité et les lois nationales régissant la matière.

36. Si l'on commence par les travaux antérieurs de la Commission, il convient tout d'abord de rappeler que la question de l'invocation de l'immunité n'occupe pas une place centrale dans les projets d'articles consacrés, directement ou indirectement, à l'immunité. Ainsi en est-il des projets d'articles sur l'immunité de certains représentants de l'État, en particulier ceux sur les relations diplomatiques, les relations consulaires, les missions spéciales et la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel. Dans aucun de ces projets d'articles, la Commission n'a indiqué s'il était ou non nécessaire d'invoquer l'immunité⁹⁹. Il faut en conclure, *a contrario*, que l'immunité peut être invoquée par les États intéressés. Toutefois, il n'est pas possible d'affirmer que l'immunité doit être invoquée pour être appréciée et, le cas échéant, appliquée par les tribunaux de l'État du for. La perspective adoptée par la Commission dans lesdits projets d'articles est demeurée pratiquement inchangée dans les conventions multilatérales qui s'en sont inspirées, en particulier la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1963¹⁰⁰, la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963¹⁰¹, la Convention sur les missions spéciales de 1969¹⁰² et la

⁹⁸ Voir A/CN.4/722, par. 49 à 63.

⁹⁹ Voir le projet d'articles sur les relations et immunités diplomatiques (art. 29 et 30 et commentaires), *Annuaire... 1958*, vol. II, p. 105 à 107. En ce sens, voir également le projet d'articles sur les relations et immunités consulaires (art. 43 et 45 et commentaires), *Annuaire... 1961*, vol. II, p. 130 à 132 ; le projet d'articles sur les missions spéciales (art. 31 et 41 et commentaires), *Annuaire... 1967*, vol. II, p. 376 et suiv. ; le projet d'articles sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales (art. 30 et 31 et commentaires), *Annuaire... 1971*, vol. II (première partie), p. 327 à 329.

¹⁰⁰ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961), *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 500, n° 7310, p. 95.

¹⁰¹ Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963), *ibid.*, vol. 596, n° 8638, p. 261.

¹⁰² Convention sur les missions spéciales (New York, 8 décembre 1969), *ibid.*, vol. 1400, n° 23431, p. 231.

Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel¹⁰³ de 1975¹⁰⁴.

37. La Commission a adopté une approche relativement similaire en ce qui concerne les projets d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, dans lesquels elle fait expressément référence à l'invocation de l'immunité dans un sens négatif, en déclarant que l'État intéressé ne peut invoquer l'immunité s'il a consenti expressément ou tacitement à l'exercice de la juridiction de l'État du for¹⁰⁵, ou lorsque la compétence s'exerce à l'égard de certaines catégories de procédure définies de façon substantielle¹⁰⁶. Cependant, l'article 6 (Modalités pour donner effet à l'immunité des États) dispose ce qui suit :

1. Un État donne effet à l'immunité des États prévue par l'article 5 en s'abstenant d'exercer sa juridiction dans une procédure devant ses tribunaux contre un autre État et, à cette fin, veille à ce que ses tribunaux établissent d'office que l'immunité de cet autre État prévue par l'article 5 est respectée¹⁰⁷.

38. Comme indiqué dans le commentaire relatif au paragraphe 1 de l'article 6, la disposition selon laquelle l'État doit veiller à ce que ses tribunaux établissent d'office que l'immunité est respectée « vise à renforcer l'obligation énoncée dans la première partie du texte. En effet, le respect de l'immunité des États sera d'autant mieux assuré que les tribunaux de l'État du for, au lieu de se borner à agir sur la base d'une déclaration de l'État mis en cause, prendront l'initiative d'établir si la procédure est effectivement dirigée contre l'État en question et si cet État est habilité à invoquer l'immunité »¹⁰⁸. Cette disposition offre ainsi la possibilité de déterminer d'office l'immunité sans qu'il soit nécessaire que l'État étranger l'invoque mais « ne vise pas non plus à dissuader l'État qui conteste l'exercice de la juridiction de se présenter devant les tribunaux [de l'État du for], car c'est pour lui la façon la plus sûre d'obtenir satisfaction »¹⁰⁹.

39. Les dispositions susmentionnées du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens ont été reprises dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, tant sur le fond que sur la forme¹¹⁰. Par conséquent, on peut affirmer que l'invocation de l'immunité de l'État est considérée comme une faculté reconnue à l'État, sans pouvoir

¹⁰³ Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (Vienne, 14 mars 1975), Nations Unies, *Annuaire juridique 1975* (n° de vente : F.77.V.3), p. 91.

¹⁰⁴ Il est à noter qu'en ce qui concerne la renonciation à l'immunité, les conventions susmentionnées prévoient également en termes généraux que l'État ne peut invoquer l'immunité si l'exercice de la juridiction a pour origine une demande présentée par le représentant lui-même ou une demande reconventionnelle, ce qui entraîne une certaine confusion entre la renonciation et l'invocation. Voir Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, art. 32 ; Convention de Vienne sur les relations consulaires, art. 45 ; Convention sur les missions spéciales, art. 41 ; Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, art. 31.

¹⁰⁵ Ce consentement peut être donné expressément (art. 7) ou tacitement, soit dans le cadre d'une participation directe à une procédure devant l'État du for (art. 8) soit dans celui d'une procédure relative à une demande reconventionnelle (art. 9). Voir *Annuaire... 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 13, par. 28.

¹⁰⁶ Ibid., p. 36 et suiv., art. 10 à 17.

¹⁰⁷ Ibid., p. 24.

¹⁰⁸ Ibid., p. 25, commentaire relatif à l'article 6, par. 5.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (New York, 2 décembre 2004), *Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations Unies, cinquante-neuvième session, Supplément n° 49 (A/59/49)*, vol. I, résolution 59/38, annexe. Voir les articles 6 à 17.

conclure toutefois que ladite invocation constitue une exigence de procédure nécessaire pour que les juridictions de l'État du for en apprécient l'applicabilité.

40. Toujours sur le plan de l'immunité de l'État, il convient de souligner que la Convention européenne sur l'immunité des États ne régit pas expressément l'invocation de l'immunité et se borne à affirmer que l'immunité ne peut pas être invoquée dans certains types de procédures¹¹¹, lorsque l'État accepte de se soumettre à la juridiction de l'État du for ou en cas de demande reconventionnelle¹¹².

41. La législation interne des différents États relative à l'immunité des États étrangers suit généralement une approche similaire. Ainsi, plusieurs lois prévoient que l'immunité doit être appréciée d'office par le juge du for¹¹³. La plupart de ces lois disposent en outre que cet examen d'office doit intervenir principalement en cas de non-comparution de l'État étranger¹¹⁴, ce qui conforte l'idée selon laquelle l'immunité est un droit et que l'on ne peut présumer que l'État intéressé y a renoncé au seul motif de son inaction.

42. Enfin, quoique sur un plan différent, il convient de tenir compte de la résolution de l'Institut de Droit international sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international, aux termes de laquelle :

Les autorités de l'État doivent accorder au chef d'État étranger, dès l'instant où sa qualité leur est connue, l'inviolabilité, l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution auxquelles il a droit¹¹⁵.

Cette disposition a également été interprétée comme créant une obligation pour les juridictions de l'État du for d'examiner d'office l'immunité des chefs d'État et de gouvernement.

43. L'analyse de cette pratique normative permet de tirer une première série de conclusions, à savoir : a) que l'État du représentant peut invoquer l'immunité, sauf exceptions expressément prévues ; b) que l'invocation de l'immunité n'est pas une condition procédurale préalable pour que les juridictions de l'État du for tiennent compte de l'immunité de juridiction de l'État ou de l'un de ses représentants ; c) que, par conséquent, les juridictions de l'État du for doivent apprécier et déterminer d'office (*proprio motu*) l'immunité des représentants de l'État.

44. Il convient toutefois de garder à l'esprit que, dans la pratique, l'invocation de l'immunité du représentant par l'État intéressé semble avoir été considérée dans certains cas comme une condition d'application de l'immunité, notamment dans l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative à *Certaines*

¹¹¹ Convention européenne sur l'immunité des États (Bâle, 16 mai 1972), *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 1495, n° 25699, p. 181. Voir, en particulier, les articles 4 à 14.

¹¹² Voir les articles 1 à 3.

¹¹³ Voir Royaume-Uni, *State Immunity Act 1978*, art. 1, par. 2 ; Singapour, *State Immunity Act 1979*, art. 3, par. 2 ; Afrique du Sud, *Foreign States Immunities Act 1981*, art. 2, par. 2 ; Pakistan, *State Immunity Ordinance 1981*, art. 3, par. 2 ; Canada, *Loi sur l'immunité des États*, 1985, art. 3, par. 2 ; Israël, *Foreign States Immunity Law 2008*, art. 14 ; Espagne, *Ley Orgánica 16/2015, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España*, art. 49.

¹¹⁴ Voir Royaume-Uni, *State Immunity Act 1978*, art. 1, par. 2 ; Singapour, *State Immunity Act 1979*, art. 3, par. 2 ; Afrique du Sud, *Foreign States Immunities Act 1981*, art. 2, par. 2 ; Pakistan, *State Immunity Ordinance 1981*, art. 3, par. 2 ; Canada, *Loi sur l'immunité des États*, 1985, art. 3, par. 2 ; Israël, *Foreign States Immunity Law 2008*, art. 14.

¹¹⁵ Session de Vancouver, 2001, art. 6 (Institut de Droit international, *Annuaire*, vol. 69, 2000-2001).

*questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*¹¹⁶. On peut donc se demander si les premières conclusions exposées plus haut sont applicables à tout type d'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ou si, au contraire, elles ne s'appliquent qu'à une catégorie particulière. À cette fin, il importe de tenir compte de certains éléments liés à la nature de l'immunité à laquelle se rapporte la pratique normative susmentionnée, ainsi que de certaines considérations pratiques liées uniquement à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

45. S'agissant de la première question, il convient de souligner que les instruments normatifs mentionnés précédemment portent sur l'immunité de l'État ou l'immunité *ratione personae* dont jouissent certains représentants de l'État, à savoir les agents diplomatiques, certains fonctionnaires consulaires, les membres des missions spéciales et les représentants auprès d'organisations internationales. Dans le premier cas (immunité de l'État), l'action d'office des juridictions nationales est une conséquence immédiate du principe de l'égalité souveraine des États et ne laisse aucun doute quant à l'identité du bénéficiaire de cette immunité, étant donné qu'il s'agit de l'État au sens abstrait, tel qu'il est défini dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens¹¹⁷, laquelle opère une distinction entre l'immunité de l'État et l'immunité des représentants de l'État¹¹⁸, dont l'identification ne pose pas de problèmes pratiques.

46. Il en va de même pour les représentants de l'État ayant des fonctions de représentation internationale, qui jouissent de l'immunité précisément pour cette raison et dont l'identité est toujours largement connue des autorités de l'État du for, car ils ont dû obtenir une accréditation au préalable auprès de ces autorités¹¹⁹ ou auprès de l'organisation internationale correspondante qui, à son tour, a dû communiquer cette accréditation aux autorités de l'État hôte¹²⁰. Par conséquent, dans les deux cas, les autorités de l'État du for, y compris les juridictions, peuvent elles-mêmes établir si la procédure est dirigée contre un État susceptible de bénéficier de l'immunité. De même, elles sont en mesure de connaître facilement l'identité des représentants diplomatiques se trouvant sur leur territoire et jouissant d'une forme d'immunité, ainsi que la portée de cette immunité.

47. De ce point de vue, exiger que l'État étranger invoque son immunité ou celle de ses représentants pour que l'immunité puisse s'appliquer semble constituer un fardeau inutile voire excessif au regard de la finalité même de l'immunité et de l'application

¹¹⁶ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 177. Cette pratique judiciaire est rare au niveau des États. À cet égard, voir le troisième rapport du Rapporteur spécial Roman Kolodkin (A/CN.4/646), notes 33 et 43.

¹¹⁷ Art. 2, par. 1 b).

¹¹⁸ Art. 3, par. 2. La distinction entre l'immunité de l'État et l'immunité des représentants de l'État a été examinée par la Rapporteuse spéciale dans son quatrième rapport (A/CN.4/686, par. 96 à 117).

¹¹⁹ Conformément l'article 10, par. 1 a), de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, « sont notifiés au ministère des affaires étrangères de l'État accréditaire ou à tel autre ministère dont il aura été convenu : a) la nomination des membres de la mission, leur arrivée et leur départ définitif ou la cessation de leurs fonctions dans la mission ». Voir, dans le même sens, la Convention sur les missions spéciales, art. 11, par. 1 a) et b), et la Convention de Vienne sur les relations consulaires, art. 11 et 14.

¹²⁰ La Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel prévoit, au paragraphe 1 de l'article 15, une obligation de notification similaire à celle de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Il convient de noter que l'organisation doit également communiquer ces informations à l'État hôte, ce que l'État d'envoi est habilité à faire, et que, par conséquent, l'État du for, dont les tribunaux peuvent être saisis de la question de l'immunité de juridiction pénale de l'un des membres de la mission permanente, aura ainsi pleinement connaissance de l'identité de ces membres (voir art. 15, par. 3 et 4).

du principe de l'égalité souveraine des États¹²¹. Il ne fait aucun doute que ces arguments permettent d'expliquer pourquoi il a été jugé nécessaire d'établir un régime spécifique pour l'invocation de l'immunité et pourquoi, à l'inverse, on a considéré que les tribunaux de l'État du for devaient apprécier et déterminer d'office les diverses formes d'immunité mentionnées précédemment.

48. Il est toutefois difficile d'appliquer systématiquement le même raisonnement à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, dans laquelle une distinction claire est établie entre l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae*, tant du point de vue de la préservation des droits et des intérêts garantis par l'immunité que d'un point de vue pratique.

49. S'agissant de l'immunité *ratione personae*, il convient de rappeler que cette forme d'immunité s'applique à un nombre limité de représentants de l'État (chef de l'État, chef du gouvernement et ministre des affaires étrangères), dont l'identité et la fonction de représentation de l'État au niveau international sont bien connues, ce qui laisse peu de place au doute pour les autorités de l'État du for. Par ailleurs, l'immunité *ratione personae* couvre tous les actes accomplis par les représentants de l'État susmentionnés dans l'exercice de leurs fonctions, de sorte que cet élément normatif ne peut être soumis à une appréciation nécessitant l'invocation de l'immunité de la part de l'État étranger. En outre, il y a lieu de présumer qu'en règle générale, l'État du représentant a un intérêt direct et réel à défendre l'immunité de juridiction de ses chef d'État, chef de gouvernement et ministre des affaires étrangères. En conséquence, s'agissant de cette forme d'immunité, il doit être clair, pour les autorités de l'État du for qui entendent exercer leur compétence, que la question de l'immunité se pose et que, partant, elle doit être prise en compte et examinée d'office par les juridictions de l'État du for sans qu'il soit nécessaire que l'État du représentant l'invoque.

50. Il n'en va pas de même pour l'immunité *ratione materiae*. En effet, il convient de noter que les autorités de l'État du for n'ont pas connaissance de façon autonome du fait qu'un individu réunit en sa personne tous les éléments normatifs de cette forme d'immunité et ne sont pas en mesure de savoir si telle ou telle personne est ou était un représentant étranger au moment des faits examinés par les tribunaux de l'État du for, ni si ces actes ont été accomplis à titre officiel. En outre, il faut ajouter que l'intérêt qu'a l'État du représentant à invoquer l'immunité dont pourrait jouir l'un de ses représentants ne peut se présumer de la même façon que dans le cas du chef de l'État, du chef du gouvernement ou du ministre des affaires étrangères. Dès lors, il est difficile de conclure que les autorités de l'État du for ont l'obligation d'apprécier par elles-mêmes si un représentant jouit de tous les éléments de l'immunité de juridiction pénale étrangère et de se prononcer d'office sur ce point. En revanche, exiger de l'État du représentant qu'il invoque l'immunité ne peut être considéré ni comme un fardeau excessif ni comme une condition incompatible avec la finalité même de l'immunité de juridiction pénale étrangère et avec le principe de l'égalité souveraine des États. Il s'agit plutôt d'exiger l'application de la diligence due dans l'exercice d'un droit de l'État.

51. Les arguments qui viennent d'être exposés trouvent un appui dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Ainsi, on rappellera que, dans

¹²¹ Telle semble être la position que la Commission a adoptée au sujet de l'immunité de l'État. En effet, dans son commentaire relatif au projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, celle-ci a affirmé que « [le] fait de se présenter devant les tribunaux étrangers pour invoquer l'immunité aura nécessairement des incidences financières importantes pour l'État qui conteste l'exercice de la juridiction et il ne faudra donc pas en faire nécessairement le préalable à l'établissement de l'immunité de l'État » (*Annuaire... 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 25, commentaire relatif à l'article 6, par. 5).

l'arrêt rendu dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Cour a rejeté les demandes de Djibouti concernant l'immunité du procureur de la République et du chef de la sécurité nationale, au motif qu'« [à] aucun moment les juridictions françaises [n'avaient] été informées par le Gouvernement de Djibouti que les actes dénoncés par la France étaient des actes de l'État djiboutien, et que le procureur de la République et le chef de la sécurité nationale constituaient des organes, établissements ou organismes de celui-ci chargés d'en assurer l'exécution »¹²². Dans ce même arrêt, il n'est nullement fait mention de l'obligation pour Djibouti d'informer la France de l'immunité de son chef d'État. De la même manière, dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour n'a mentionné à aucun moment l'obligation de la République démocratique du Congo d'informer les autorités belges de l'immunité de son Ministre des affaires étrangères¹²³.

52. En résumé, au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, on peut conclure que, là encore, il convient d'appliquer des règles différentes à l'immunité *ratione personae* et à l'immunité *ratione materiae*. Ainsi, dans le cas de l'immunité *ratione personae*, l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État doit être appréciée et déterminée d'office par les autorités compétentes de l'État du for, tandis que, dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, les autorités ne doivent apprécier et déterminer si l'immunité est applicable que lorsque l'État du représentant l'invoque expressément. Le point de vue exprimé par le Rapporteur spécial précédent, M. Kolodkin, reste donc inchangé¹²⁴.

53. Compte tenu de cette approche favorable à un traitement différencié de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae*, on est amené à conclure que l'invocation a une valeur particulière dans le cas de cette dernière forme d'immunité. Cette conclusion n'empêche toutefois pas d'envisager la possibilité que l'État du représentant, pour diverses raisons, invoque également l'immunité de juridiction pénale du chef de l'État, du chef du gouvernement ou du ministre des affaires étrangères. En tout état de cause, il convient de souligner que l'application de ce traitement différencié suppose que l'État du représentant soit informé de l'intention des autorités de l'État du for d'exercer leur compétence sur l'un de ses représentants, sans quoi en effet l'exigence pour l'État d'invoquer l'immunité *ratione materiae* serait une condition impossible à remplir. Se pose alors la question de la communication entre l'État du for et l'État du représentant, point sur lequel on reviendra à la section A du chapitre III du présent rapport.

2. Compétence pour invoquer l'immunité

54. L'idée selon laquelle l'immunité de juridiction des représentants de l'État est accordée dans l'intérêt de l'État et non de l'individu est un élément constant dans la pratique¹²⁵ et a été clairement établie par la Commission au fil de ses travaux sur la

¹²² *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* (voir *supra* note 116), p. 244, par. 196.

¹²³ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3.

¹²⁴ Voir A/CN.4/646, par. 14 à 28.

¹²⁵ Pour n'évoquer que la pratique conventionnelle, on peut par exemple citer la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, aux termes de laquelle « le but desdits privilèges et immunités est non pas d'avantager des individus mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que représentant des États » (quatrième alinéa). On trouve une formulation très proche dans les préambules de la Convention de Vienne sur les relations consulaires (cinquième alinéa), de la Convention sur les missions spéciales (septième alinéa) et de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (sixième alinéa). Dans le même sens, l'Institut

question¹²⁶. Il semble donc évident d'affirmer que c'est à l'État et non à ses représentants qu'il appartient de prendre toute décision liée à l'invocation de l'immunité, qu'il s'agisse aussi bien de l'invocation elle-même que des modalités de cette invocation, y compris en ce qui concerne la détermination des actes de ses représentants auxquels il convient d'accorder l'immunité de juridiction pénale. Il y a donc lieu de conclure que l'immunité ne peut être invoquée que par l'État et non par ses représentants.

55. En tout état de cause, cette conclusion doit s'entendre par rapport à la notion d'invocation au sens strict, à savoir l'acte formel par lequel l'État du représentant informe les autorités de l'État du for qu'à son avis, son représentant jouit de l'immunité, ce qui produit inévitablement des effets procéduraux, notamment l'obligation, pour les autorités de l'État du for, de rechercher s'il existe des circonstances justifiant l'application de cette immunité. Néanmoins, il convient de garder à l'esprit que, dans la pratique, c'est le représentant à l'égard duquel l'État du for compte exercer sa compétence qui sera probablement le premier à faire valoir ces circonstances pour se voir reconnaître l'immunité de juridiction. Pour autant, cette possibilité ne remet pas en cause la conclusion énoncée au paragraphe précédent. Au contraire, étant donné que les droits protégés par l'immunité n'appartiennent pas au représentant, sa demande d'immunité peut être regardée non pas comme une véritable invocation mais seulement comme une allégation que les autorités du for peuvent considérer comme un fait et qu'elles peuvent en tout état de cause demander à l'État du représentant de confirmer ou d'infirmer. Toutefois, pour produire les effets procéduraux d'une invocation, une telle allégation doit être confirmée par l'État du représentant¹²⁷.

56. S'il est admis qu'il appartient à l'État du représentant d'invoquer l'immunité, aucune norme n'indique clairement et sans équivoque quels organes de l'État peuvent exercer cette faculté. Ainsi, on chercherait en vain une règle à cet égard dans les instruments internationaux examinés précédemment. Quant aux législations nationales régissant l'immunité, elles n'accordent guère d'attention à la question. On peut déduire uniquement des dispositions relatives à la renonciation, entendues *a contrario*, que l'immunité peut être invoquée par le chef de la mission diplomatique ou le représentant de l'État étranger¹²⁸. Par ailleurs, la pratique judiciaire n'apporte pas davantage de clarté et ne fournit pas suffisamment d'éléments pour déterminer quels organes de l'État peuvent invoquer l'immunité de juridiction pénale étrangère de l'un de ses représentants. Il semble donc nécessaire de recourir au principe de la reconnaissance du droit de l'État à s'auto-organiser, principe qui nous intéresse ici parce qu'il en découle que c'est le système juridique propre à chaque État qui

de Droit international a affirmé, dans le préambule de sa résolution sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international, « qu'un traitement particulier [devait] être accordé au chef d'État ou de gouvernement, en tant que représentant de cet État, non pas dans son intérêt personnel, mais parce qu'il lui est nécessaire pour exercer ses fonctions et assumer ses responsabilités de manière indépendante et efficace, dans l'intérêt bien compris tant de l'État concerné que de la communauté internationale dans son ensemble » (session de Vancouver, 2001, *Annuaire*, vol. 69, p. 742).

¹²⁶ C'est ce qui a été affirmé par le Rapporteur spécial Roman Kolodkin dans ses rapports (A/CN.4/631, par. 19 et A/CN.4/646, par. 15), puis réaffirmé par la Rapporteuse spéciale dans ses rapports (voir A/CN.4/661, par. 49).

¹²⁷ En ce sens, voir également le troisième rapport du Rapporteur spécial Roman Kolodkin (A/CN.4/646), par. 15.

¹²⁸ Voir Royaume-Uni, *State Immunity Act 1978*, art. 2, par. 7 ; Singapour, *State Immunity Act 1979*, art. 4, par. 7 ; Pakistan, *State Immunity Ordinance 1981*, art. 4, par. 6 ; Afrique du Sud, *Foreign States Immunities Act 1981*, art. 3, par. 6 ; Israël, *Foreign States Immunity Law 2008*, art. 9, par. c).

déterminera, le cas échéant, l'organe compétent pour prendre la décision d'invoquer l'immunité et de la rendre effective.

57. Cette conclusion peut toutefois créer un certain degré d'incertitude pour les autorités de l'État du for, qui devront examiner la validité de l'invocation sans disposer d'informations suffisantes pour déterminer si l'organe invoquant l'immunité est compétent ou non pour le faire compte tenu des normes du droit interne applicable. Quoiqu'il en soit, comme l'organe concerné peut varier d'un ordre juridique à l'autre, il ne semble pas opportun d'établir une liste d'organes compétents. Il serait préférable de retenir une formule qui permettrait aux autorités de l'État du for d'évaluer la validité de l'invocation au cas par cas, en tenant compte des circonstances particulières de chaque situation. Cette technique d'évaluation au cas par cas serait toutefois limitée par la reconnaissance automatique de la validité d'une invocation émanant du chef de l'État, du chef du gouvernement, du ministre des affaires étrangères ou du chef de la mission diplomatique accréditée auprès de l'État dont les autorités entendent exercer leur compétence.

58. La validité de l'invocation de l'immunité faite par l'un des membres de la *troïka* est pleinement justifiée par sa capacité de représenter l'État au niveau international, en vertu de règles autonomes du droit international. Cette capacité ne saurait être remise en cause, même si c'est sa propre immunité qui est invoquée, à moins de pouvoir démontrer, preuve à l'appui, qu'une autre décision a été prise en interne par un autre organe de l'État auquel sont subordonnés le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, notamment le Parlement lorsqu'il a la faculté de se prononcer sur l'immunité de l'un des organes du pouvoir exécutif. Bien que cette conclusion puisse entraîner une certaine confusion entre le droit de l'État d'invoquer l'immunité de ses représentants et la présomption que le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères peuvent invoquer leur propre immunité, cette confusion, plus théorique que réelle, est sans intérêt dans la pratique, surtout si l'on considère, comme établi précédemment, que l'invocation s'analyse en une règle purement procédurale s'agissant de l'immunité *ratione materiae*. L'affirmation selon laquelle les membres de la *troïka* seraient, par définition, les seuls à avoir la faculté autonome d'invoquer l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un « autre » représentant de l'État ne pose pas de problème.

59. La reconnaissance de la capacité des chefs de mission diplomatique accréditée auprès de l'État du for d'invoquer l'immunité de l'un des représentants de l'État d'envoi relève d'une logique distincte, liée à l'exercice des fonctions propres à la mission. Comme il est énoncé expressément dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, les fonctions de la mission diplomatique consistent notamment à « représenter l'État accréditant auprès de l'État accréditaire » et à « protéger dans l'État accréditaire les intérêts de l'État accréditant et de ses ressortissants, dans les limites admises par le droit international »¹²⁹. Compte tenu de la définition large de ces fonctions, il ne semble pas possible d'exclure l'invocation de l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un représentant de l'État d'envoi, qui doit sans aucun doute être considéré comme celui qui représente et protège l'intérêt de l'État. Il est vrai que cette compétence est étroitement liée à la question des voies de communication entre l'État du for et l'État du représentant et qu'en principe, il doit être entendu que le chef de mission n'est pas automatiquement compétent pour invoquer l'immunité et qu'il exerce ce pouvoir sur instruction des autorités compétentes de l'État. Mais, en tout état de cause, on ne peut nier que l'invocation de l'immunité faite par un chef de mission dans l'exercice de ses fonctions bénéficie pour le moins d'une présomption de validité qui doit être prise en considération par les autorités de l'État du for qui entendent exercer leur compétence. Par conséquent,

¹²⁹ Art. 3, par. 1 a) et b).

ces autorités devraient examiner la question de l'immunité après avoir été informées de son invocation par le chef de mission de l'État du représentant accrédité auprès de l'État du for.

60. Enfin, l'invocation de l'immunité peut également émaner de tout organe auquel cette compétence a été accordée en vertu d'un accord spécial entre l'État du for et l'État du représentant ou d'accords de coopération et d'entraide judiciaire auxquels les deux États sont parties. Bien que cette formule ne soit pas la plus répandue, on ne saurait trop insister sur son utilité, a fortiori à une époque où les notions de coopération et d'entraide judiciaire connaissent un développement considérable au niveau tant bilatéral que multilatéral. Cette question sera examinée plus loin, aux sections A et B du chapitre III du présent rapport.

3. Moment où l'immunité doit être invoquée

61. La question du moment où l'immunité doit être invoquée ne peut pas être traitée de manière indépendante, car elle est étroitement liée au moment où l'immunité doit être examinée par les autorités de l'État du for. Comme indiqué dans le sixième rapport, l'immunité devrait être examinée au début de la procédure ou dès que les autorités de l'État du for entendent exercer leur compétence, faute de quoi elle perdrait sa raison d'être et ne pourrait pas produire tous ses effets¹³⁰. De la même manière, elle devrait être soulevée au début de la procédure, en particulier si le représentant concerné ne jouit que de l'immunité *ratione materiae*, laquelle, comme on l'a conclu précédemment, ne peut jouer que si l'État du représentant s'en prévaut.

62. Toutefois, comme pour la détermination du moment où l'immunité doit être examinée, on chercherait en vain des règles concernant le moment de la procédure où l'immunité doit être invoquée dans les traités internationaux qui reconnaissent une certaine forme d'immunité de juridiction à certains représentants d'États, ou même des règles à caractère général dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens ou la Convention européenne sur l'immunité des États. Dans ces deux derniers instruments, la question du moment de l'invocation de l'immunité est traitée implicitement, la participation de l'État à une procédure devant les juridictions de l'État du for étant considérée comme une renonciation en vertu de la disposition selon laquelle si l'État

prouve au tribunal qu'il n'a pu avoir connaissance de faits sur lesquels une demande d'immunité peut être fondée qu'après [avoir participé à la procédure ou y avoir participé de quelque façon que ce soit quant au fond], il peut invoquer l'immunité sur la base de ces faits, à condition de le faire sans retard¹³¹.

63. La résolution déjà mentionnée de l'Institut de Droit international n'apporte pas non plus d'indications utiles pour résoudre expressément la question. En effet, le texte ne vise que les chefs d'État et de gouvernement et donne au tribunaux nationaux le pouvoir d'agir d'office. Toutefois, l'article 6, aux termes duquel « [les] autorités de l'État doivent accorder au chef d'État étranger, dès l'instant où sa qualité leur est connue, l'inviolabilité, l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution auxquelles il a droit », présente un intérêt pour la question de l'invocation de l'immunité en général. Ainsi, cette disposition pourrait être appliquée de manière générale *mutatis mutandis* dans deux perspectives complémentaires, à savoir :

¹³⁰ Voir A/CN.4/722, par. 49 à 63.

¹³¹ Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, art. 8, par. 1 b). Aux termes du paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention européenne sur l'immunité des États : « Un État contractant ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État contractant s'il conclut au fond avant de l'invoquer. Néanmoins, s'il établit qu'il n'a pu prendre qu'ultérieurement connaissance des faits sur lesquels il aurait pu fonder l'immunité, il peut invoquer celle-ci s'il se prévaut de ces faits aussitôt que possible. »

mentionner la phase initiale de la procédure et mentionner expressément que le tribunal doit avoir connaissance de la qualité du représentant de l'État sur lequel il entend exercer sa compétence. Il en découlerait que l'État du représentant devrait invoquer l'immunité le plus tôt possible, car le tribunal de l'État du for ne serait contraint d'examiner la question de l'immunité qu'à partir du moment où il a connaissance du fait que la personne à l'égard de laquelle il entend exercer sa compétence est un représentant étranger.

64. Il résulte des éléments qui précèdent qu'aucune règle ne limite le moment de la procédure où l'État du représentant peut invoquer l'immunité de l'un de ses représentants. Néanmoins, pour qu'une telle invocation soit utile et produise les effets recherchés, cet État doit l'invoquer dès qu'il sait que les autorités de l'État du for entendent exercer leur compétence pénale sur l'un de ses représentants. Au contraire, si l'État du représentant le fait ultérieurement, une fois la procédure engagée, il faudrait conclure, comme l'avait déjà fait l'ancien Rapporteur spécial, M. Kolodkin, que les actes accomplis par les autorités de l'État du for seraient valables et ne pourraient être considérés comme une violation de l'immunité de juridiction pénale étrangère du représentant visé par les actes en cause¹³².

65. Quoiqu'il en soit, les considérations qui précèdent montrent qu'il est indispensable que l'État du représentant ait connaissance de l'intention des autorités de l'État du for d'exercer leur compétence sur l'un de ses représentants.

4. Effets de l'invocation de l'immunité

66. L'État qui invoque l'immunité de juridiction pénale étrangère de l'un de ses représentants poursuit deux objectifs. Premièrement, il cherche à attirer l'attention des autorités de l'État du for qui entendent exercer leur compétence sur la présence d'un élément étranger (le représentant) qui jouit de l'immunité de juridiction. Deuxièmement, il vise à exprimer formellement son intérêt à cet égard, exiger le respect de l'immunité et, partant, à demander aux autorités de l'État du for de ne pas exercer leur compétence sur le représentant étranger. Dès lors, il convient de conclure que la finalité de l'invocation de l'immunité est de faire échec à l'exercice de la compétence des autorités de l'État du for.

67. Les effets de l'invocation de l'immunité doivent être définis au regard de cette finalité, mais ne sauraient être confondus avec elle ou être assimilés à elle. En effet, comme indiqué dans le sixième rapport, si les autorités de l'État du for doivent prêter soigneusement attention à toute communication ou information émanant de l'État du représentant, il ne faut pour autant en déduire que ces autorités (en particulier les tribunaux compétents pour apprécier la question de l'immunité) sont tenues d'accepter aveuglément toute déclaration de l'État de l'intéressé¹³³. Par conséquent, l'invocation de l'immunité ne constitue pas en soi un élément suffisant pour faire échec à l'exercice de la compétence pénale étrangère et ne saurait s'opposer à ce que les juridictions du for se prononcent sur l'application de l'immunité. Par ailleurs, ces tribunaux ne sont pas davantage contraints d'accepter automatiquement la demande formulée par l'État invoquant l'immunité de l'un de ses représentants¹³⁴.

68. Toutefois, il ne résulte pas de ce qui précède que l'invocation de l'immunité soit sans effet. Au contraire, les effets de l'invocation, qui présentent un intérêt particulier dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, se déploient sur trois plans distincts. En

¹³² Voir A/CN.4/646, par. 13.

¹³³ Voir A/CN.4/722, par. 107. L'ancien Rapporteur spécial, M. Kolodkin, avait également maintenu cette position dans son troisième rapport (voir A/CN.4/646, par. 30).

¹³⁴ S'agissant de la détermination de l'immunité, voir le sixième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/722), par. 97 à 108.

premier lieu, si l'on considère, comme indiqué précédemment, que l'application de l'immunité *ratione materiae* est subordonnée à l'invocation de l'immunité par l'État du représentant, alors les autorités de l'État du for sont contraintes, une fois l'immunité invoquée, d'examiner la question et de se prononcer sur l'application de l'immunité. Par conséquent, toute forme de silence ou d'omission de la part des tribunaux de l'État du for concernant l'invocation pourrait constituer une violation des règles régissant l'immunité. En deuxième lieu, l'invocation de l'immunité est susceptible d'avoir un effet déterminant sur le processus décisionnel des tribunaux de l'État du for, lesquels sont tenus de prendre en considération tous les renseignements et arguments fournis par l'État du représentant au moment de l'invocation de l'immunité pour rechercher si les éléments normatifs justifiant son application sont réunis. En troisième lieu, l'invocation de l'immunité peut servir de point de départ à la mise en œuvre des mécanismes de consultation, de coopération et d'entraide judiciaire entre l'État du for et l'État du représentant, qui seront examinés au chapitre III du présent rapport. En tout état de cause, il convient de noter que les effets de l'invocation de l'immunité décrits précédemment peuvent varier selon qu'il s'agit d'une immunité *ratione materiae* ou d'une immunité *ratione personae*, en particulier en ce qui concerne l'obligation d'examiner la question de l'immunité. Ainsi, dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, cette obligation ne naît qu'après l'invocation de l'immunité, tandis que, dans le cas de l'immunité *ratione personae*, l'obligation doit être remplie d'office, de sorte que l'invocation ne fera que renforcer l'obligation préexistante. Les effets de l'invocation de l'immunité qui doivent se produire sur les deuxième et troisième plans fonctionnent de la même manière pour tout type d'immunité de juridiction pénale étrangère.

69. Compte tenu des considérations qui précèdent, le projet d'article ci-après est proposé :

Projet d'article 10

Invocation de l'immunité

1. L'État peut invoquer l'immunité de juridiction pénale étrangère de l'un de ses représentants devant l'État qui entend exercer sa compétence.
2. L'immunité doit être invoquée dès que l'État du représentant a connaissance de l'intention de l'État du for d'exercer sa compétence pénale à son égard.
3. L'immunité est invoquée par écrit et de manière claire, l'identité du représentant à l'égard duquel l'immunité est invoquée et le type d'immunité opposée étant indiqués.
4. L'immunité est invoquée de préférence selon les procédures établies dans les accords de coopération et d'entraide judiciaire auxquels les deux États sont parties ou suivant d'autres procédures généralement acceptées par ces États. L'immunité peut également être invoquée par la voie diplomatique.
5. Lorsque l'immunité n'est pas invoquée directement devant les juridictions de l'État du for, les autorités qui ont été notifiées de l'invocation de l'immunité utilisent tous les moyens à leur disposition pour en informer les organes compétents pour apprécier l'application de l'immunité, lesquels devront se prononcer sur la question dès qu'ils prennent connaissance de l'invocation de l'immunité.
6. En tout état de cause, les organes compétents pour apprécier l'immunité se prononcent d'office sur son application à l'égard des représentants de l'État qui bénéficient de l'immunité *ratione personae*, que l'État du représentant invoque ou non cette immunité.

C. Renonciation à l'immunité

70. Étant donné que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est reconnue au bénéfice des droits et intérêts de l'État dudit représentant, il est évident que l'État en question peut renoncer à l'immunité et ainsi consentir à soumettre l'un de ses représentants à l'exercice de la juridiction pénale étrangère. En ce sens, toute renonciation à l'immunité émanant de l'État du représentant invalide tout débat sur l'existence ou l'application de l'immunité et sur ses limites ou exceptions. En termes simples, le titulaire et bénéficiaire de l'immunité renonce à son droit de s'en prévaloir. Autrement dit, il s'agit non pas tant d'une exception à l'immunité que d'un acte de procédure qui fait disparaître tout obstacle susceptible de s'opposer à l'exercice de la compétence des juridictions de l'État du for.

71. La nature même de la renonciation confère à cette dernière des caractéristiques uniques qui la distinguent de l'invocation de l'immunité et qui obligent à lui consacrer un traitement séparé, en gardant à l'esprit qu'il n'est pas ici question de l'exercice d'un droit (invocation) mais bien de l'abandon ou du non-exercice dudit droit (renonciation), qui donne lieu aux conséquences susmentionnées. Il n'est donc pas surprenant de constater que la renonciation à l'immunité, à la différence de l'invocation, a fait l'objet d'une réglementation expresse dans les instruments internationaux régissant l'immunité de juridiction, ainsi que dans les législations nationales en la matière, et que la réglementation en question ait mis l'accent sur la préservation de la sécurité juridique et, ce faisant, sur le caractère restrictif des formes de renonciation à l'immunité.

72. La Commission a examiné la question de la renonciation à l'immunité de certains représentants de l'État dans le cadre de ses travaux sur les relations diplomatiques¹³⁵, les relations consulaires¹³⁶, les missions spéciales¹³⁷ et la représentation des États auprès des organisations internationales de caractère universel¹³⁸. Dans tous les cas susmentionnés, la Commission a conclu que l'État du représentant avait la possibilité de renoncer à l'immunité et que ladite renonciation devait être expresse. En tout état de cause, il convient de noter que, dans tous les projets d'articles, la renonciation s'analyse en une faculté reconnue à l'État du représentant et n'est nullement considérée comme une obligation, même quand les faits imputés au représentant sont graves. L'obligation de renoncer à l'immunité des représentants d'un État n'a été envisagée par la Commission que pour des actions

¹³⁵ L'article 30 du projet d'articles sur les relations et immunités diplomatiques (*Annuaire ... 1958*, vol. II, p. 102) était libellé comme suit : « *Renonciation à l'immunité*. 1. L'État accréditant peut renoncer à l'immunité de juridiction de ses agents diplomatiques. 2. Au criminel, la renonciation doit toujours être expresse ».

¹³⁶ L'article 45 du projet d'articles sur les relations et immunités consulaires (*Annuaire ... 1961*, vol. II, p. 123) était ainsi conçu : « *Renonciation aux immunités*. 1. L'État d'envoi peut renoncer à l'égard d'un membre du consulat aux immunités prévues aux articles 41, 43 et 44. 2. La renonciation doit toujours être expresse ».

¹³⁷ L'article 41 du projet d'articles sur les missions spéciales (*Annuaire ... 1967*, vol. II, p.379) était rédigé comme suit : « *Renonciation à l'immunité*. 1. L'État d'envoi peut renoncer à l'immunité de juridiction de ses représentants dans la mission spéciale, des membres du personnel diplomatique de celle-ci et des autres personnes qui bénéficient de l'immunité en vertu des articles 36 à 40. 2. La renonciation doit toujours être expresse ».

¹³⁸ L'article 31 du projet d'articles sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales (*Annuaire ... 1971*, vol. II (première partie), p 328) était libellé comme suit : « *Renonciation à l'immunité*. 1. L'État d'envoi peut renoncer à l'immunité de juridiction du chef de mission, des membres du personnel diplomatique de la mission et des personnes qui bénéficient de l'immunité en vertu de l'article 36. 2. La renonciation doit toujours être expresse ».

civiles, sur le modèle de l'article IV (section 14) de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, qui dispose ce qui suit :

[U]n Membre a non seulement le droit, mais le devoir de lever l'immunité de son représentant dans tous les cas où, à son avis, l'immunité empêcherait que justice soit faite et où elle peut être levée sans nuire au but pour lequel l'immunité est accordée¹³⁹.

73. Cette disposition a inspiré l'article 42 du projet d'articles sur les missions spéciales et le paragraphe 5 de l'article 31 du projet d'articles sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales, dans lesquels le caractère obligatoire de l'immunité a été remplacé par une recommandation. Dans le premier cas, il était prévu que, « lorsque l'État ne renonce pas à cette immunité, l'État d'envoi s'efforcera de régler le différend de manière équitable ». Dans le second cas, l'article disposait que, si l'État d'envoi « ne renon[çait] pas à l'immunité [...] en cas d'action civile, il devra[it] s'efforcer de parvenir à un règlement équitable de l'affaire¹⁴⁰ ».

74. La même approche a été suivie dans les conventions ayant été adoptées à partir de ces projets d'articles, notamment l'article 32 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, aux termes duquel :

1. L'État accréditant peut renoncer à l'immunité de juridiction des agents diplomatiques et des personnes qui bénéficient de l'immunité en vertu de l'article 37.

2. La renonciation doit toujours être expresse.

Cette disposition a été reprise quasi à l'identique dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires (art. 45)¹⁴¹, la Convention sur les missions spéciales (art. 41) et la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (art. 31). En ce qui concerne cette dernière, il convient d'attirer l'attention sur la disposition spéciale énoncée au paragraphe 5 de l'article 31, selon laquelle, « si l'État d'envoi ne renonce pas à l'immunité [...] à l'égard d'une action civile, il doit faire tous ses efforts pour aboutir à un règlement équitable de l'affaire ».

75. Sur un autre plan, la question de la renonciation à l'immunité a également été abordée par la Commission dans le contexte de l'immunité de l'État, mais de manière indirecte uniquement, sous la forme d'une énumération d'une série de situations dans lesquelles il doit systématiquement être entendu que l'État étranger a consenti à ce que les tribunaux de l'État du for exercent leur compétence¹⁴². Cette approche se

¹³⁹ Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (New York, 13 février 1946), *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 1, n° 4, p. 15, et vol. 90, p. 327.

¹⁴⁰ Respectivement art. 42 (*Annuaire ... 1967*, vol. II, p. 379) et art. 31, par. 5 (*Annuaire ... 1971*, vol. II (première partie), p. 329). Dans le cas des missions spéciales, cette disposition a été inscrite dans les termes de « règlement des différends en matière civile ».

¹⁴¹ Conformément au paragraphe 2 dudit article, « la renonciation doit toujours être expresse, sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article [demande reconventionnelle] et doit être communiquée par écrit à l'État de résidence ».

¹⁴² L'article 7 du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens dispose que : « 1. Un État ne peut invoquer l'immunité de juridiction dans une procédure devant un tribunal d'un autre État à l'égard d'une matière ou d'une affaire s'il a consenti expressément à l'exercice de la juridiction de ce tribunal à l'égard de cette matière ou de cette affaire : a) Par accord international ; b) Dans un contrat écrit ; ou c) Par une déclaration devant le tribunal ou une communication écrite dans une procédure déterminée » (*Annuaire...1991*, vol. II (deuxième partie), p. 26 et 27). Voir également les articles 8 et 9 (*ibid.*, p.29 à 34).

retrouve déjà dans les conventions susmentionnées¹⁴³ et a été suivie dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, dont les articles 7 à 9 définissent les hypothèses particulières de renonciation tacite à l'immunité.

76. Dans un domaine plus proche du présent sujet, l'Institut de Droit international a évoqué la question de la renonciation à l'immunité (ou levée de l'immunité) dans deux résolutions adoptées en 2001 et 2009. La première, consacrée aux immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement, reconnaît à l'État de ces représentants le droit de renoncer à l'immunité, tout en prévoyant que cette renonciation peut être explicite ou implicite, pourvu qu'elle soit certaine¹⁴⁴, et que l'immunité peut faire l'objet d'une dérogation à condition que cette dernière soit établie par accord¹⁴⁵. En tout état de cause, la renonciation est également conçue comme un droit de l'État du représentant, qui n'est limité que par sa propre volonté individualisée ou générale (accords spéciaux). Le texte de la résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux adoptée en 2009 ne s'écarte pas de l'approche susmentionnée mais introduit toutefois un nouvel élément, énoncé au paragraphe 3 de l'article II comme suit : « [I]es États devraient envisager de lever l'immunité de leurs agents lorsque ceux-ci sont accusés de crimes internationaux »¹⁴⁶.

77. La question de la renonciation à l'immunité a également été traitée dans certaines législations relatives à l'immunité de l'État. Ainsi, la renonciation peut être préalable ou intervenir une fois la procédure engagée ; elle ne se présume pas, bien qu'il soit entendu qu'elle soit tacite lorsque l'État étranger participe à la procédure ; elle n'est pas révocable, bien qu'elle puisse faire l'objet de limitations ou d'exclusions en fonction de son contenu¹⁴⁷.

¹⁴³ Dans tous les cas, il est question de l'impossibilité d'invoquer l'immunité lorsque c'est le représentant de l'État qui a intenté une action, ce qui donne lieu à une demande reconventionnelle. Elle est valable uniquement dans le cas de l'immunité de juridiction civile ou administrative.

¹⁴⁴ L'article 7 de la résolution de l'Institut de Droit international sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international (session de Vancouver, 2001, *Annuaire*, vol. 69, p. 748) est libellé comme suit :

« 1. Le chef d'État ne jouit plus de l'inviolabilité, de l'immunité de juridiction ou de l'immunité d'exécution qui lui sont accordées en vertu du droit international lorsque son État y a renoncé. Cette renonciation peut être explicite ou implicite, pourvu qu'elle soit certaine.

Il appartient au droit national de l'État intéressé de déterminer l'organe compétent pour décider de cette renonciation.

2. La renonciation devrait être décidée lorsque le chef d'État est suspecté d'avoir commis des infractions particulièrement graves ou lorsque l'exercice de ses fonctions ne paraît pas compromis par les décisions que les autorités du for seraient appelées à prendre. »

¹⁴⁵ Session de Naples, 2009, *Annuaire*, vol. 73, p. 229. L'article 8 de la résolution de 2001, quant à lui, se lit comme suit :

« 1. Les États peuvent par accord apporter à l'inviolabilité, à l'immunité de juridiction et à l'immunité d'exécution de leurs chefs d'État les dérogations qu'ils jugent opportunes.

2. Si la dérogation n'est pas explicite, il convient de présumer qu'il n'est pas dérogé à l'inviolabilité et aux immunités visées au paragraphe précédent ; l'existence et l'étendue de cette dérogation doivent être établies sans ambiguïté par toutes voies de droit » (session de Vancouver, 2001, *Annuaire*, vol. 69, p. 748).

¹⁴⁶ Cette recommandation va de pair avec les dispositions du paragraphe 2 de l'article II, aux termes duquel « conformément au droit international conventionnel et coutumier, les États ont l'obligation de prévenir et de réprimer les crimes internationaux. Les immunités ne devraient pas faire obstacle à la réparation que les victimes des crimes visés par la présente résolution sont en droit d'obtenir » (session de Naples, 2009, *Annuaire*, vol. 71, p. 229).

¹⁴⁷ Voir États-Unis, Foreign Sovereign Immunities Act 1976, art. 1605 a) ; Royaume-Uni, State Immunity Act 1978, art. 2 ; Singapour, State Immunity Act 1979, art. 4 ; Pakistan, State Immunity Ordinance 1981, art. 4) ; Afrique du Sud, Foreign States Immunities Act, art.3 ; Australie, Foreign States Immunities Act 1985, art.10, 3 et 6 ; Canada, Loi sur l'immunité des États, 1985, art. 4.2 ;

78. Enfin, la question de la renonciation à l'immunité s'est également posée devant les juridictions internationales et nationales¹⁴⁸. À cet égard, il convient de citer en particulier l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, dans lequel elle a affirmé sans équivoque que les représentants de l'État « ne bénéficient plus de l'immunité de juridiction à l'étranger si l'État qu'ils représentent ou ont représenté décide de lever cette immunité¹⁴⁹ ».

79. Bien que la faculté dont jouit l'État du représentant de renoncer à l'immunité n'ait été remise en question ni dans la doctrine ni dans la pratique nationale, il n'est pas toujours évident d'en circonscrire les contours. En tout état de cause, il convient de noter que délimiter le contenu et la portée de la renonciation à l'immunité revêt un intérêt tout particulier pour le présent sujet. C'est la raison pour laquelle on analysera dans les développements qui suivent certaines questions relatives à la renonciation à l'immunité qui présentent une dimension pratique particulière, à savoir : a) les organes compétents pour renoncer à l'immunité ; b) la forme que doit prendre la renonciation ; c) les effets substantiels et temporels de la renonciation.

1. Organes compétents pour renoncer à l'immunité

80. Comme pour l'invocation et pour les mêmes raisons, la renonciation à l'immunité ne peut émaner que de l'État du représentant et non du représentant lui-même. La question se pose donc également de savoir quels organes sont compétents pour exercer ce pouvoir, puisque ni les instruments internationaux ni la législation étudiée n'indiquent clairement quels organes de l'État sont compétents pour renoncer à l'immunité¹⁵⁰, à l'exception de certaines lois qui indiquent expressément que la renonciation émane du chef de la mission diplomatique accrédité

Israël, Foreign States Immunity Law 2008, art. 9 et 10 ; Japon, Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State, 2009, art. 6 ; Espagne, loi organique 16/2015, art. 5, 6 et 8.

¹⁴⁸ La question de la renonciation à l'immunité des représentants de l'État au sein des tribunaux nationaux a déjà été examinée dans le memorandum du Secrétariat (A/CN.4/596, par. 246 et suiv.) et dans le troisième rapport du Rapporteur spécial Roman Kolodkin (A/CN.4/646, par. 33 et suiv.), auxquels la Rapporteuse spéciale renvoie.

¹⁴⁹ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* note 123), p. 25 par. 61.

¹⁵⁰ Il ne faut pas oublier que, dans son projet d'articles sur les relations diplomatiques et les immunités, la Commission elle-même avait déjà jugé préférable de laisser ouverte la question des organes compétents pour renoncer à l'immunité des agents diplomatiques. Ainsi, dans le texte de l'article 30, adopté en deuxième lecture, elle a décidé de modifier le libellé du paragraphe 2 en supprimant le dernier membre de la phrase du paragraphe adopté en première lecture, qui se lisait comme suit : « et émaner du gouvernement de l'État accréditant ». La Commission justifie cette décision comme suit : « La Commission a décidé d'éliminer le membre de phrase "et émaner du gouvernement de l'État accréditant". Ces mots ont été supprimés parce qu'ils donnaient lieu à un malentendu car on pouvait comprendre que la communication relative à la renonciation devrait effectivement émaner du gouvernement de l'État accréditant. Or, comme on l'a fait observer, le chef de la mission est le représentant de son gouvernement, et, quand il communique une renonciation à l'immunité, les tribunaux de l'État accréditaire doivent l'accepter comme une déclaration du gouvernement de l'État accréditant. Dans le nouveau texte, la question du pouvoir du chef de la mission de faire la déclaration est laissée de côté. C'est une question interne qui ne concerne que l'État accréditant et le chef de la mission » (*Annuaire...1958*, vol. II, p. 106, par. 2) du commentaire de l'article 30). Dans le même ordre d'idées, la Commission a déclaré ce qui suit au sujet de l'article 45 du projet d'articles sur les relations consulaires : « Le texte de l'article ne répond pas à la question de savoir par quelle voie la renonciation à l'immunité doit se faire. Il est à présumer que, dans le cas où le chef de poste consulaire est visé par cette mesure, la déclaration portant la renonciation à l'immunité doit se faire par la voie diplomatique. Si la renonciation concerne un autre membre du consulat, cette déclaration peut être faite par le chef du poste consulaire dont il s'agit » (*Annuaire ... 1961*, vol. II, p. 123, par. 2) du commentaire de l'article 45).

auprès de l'État du for¹⁵¹. De la même manière, les résolutions de l'Institut de Droit international sont muettes sur cette question et se bornent à renvoyer à la législation nationale de l'État du représentant¹⁵².

81. En outre, la rare jurisprudence sur la question ne permet pas de dégager une règle claire quant à l'identification des organes compétents. Au contraire, dans les rares cas où la question s'est posée devant les juridictions nationales, ces dernières ont jugé recevables des déclarations de renonciation émises par divers organes, notamment le ministre de la justice et le chef de la mission diplomatique¹⁵³. Par ailleurs, la question n'a pas été soulevée devant les juridictions internationales qui se sont penchées sur cette catégorie d'immunité.

82. Par conséquent, les conclusions générales énoncées ci-dessus concernant l'invocation de l'immunité s'appliquent pleinement à la renonciation à l'immunité, tant en ce qui concerne la primauté du principe de l'autonomie organisationnelle de l'État et la nécessité d'examiner la question au cas par cas, que s'agissant de la présomption de validité des déclarations de renonciation émanant du chef de l'État, du chef du gouvernement, du ministre des affaires étrangères ou du chef de la mission diplomatique¹⁵⁴. Toutefois, la question de la renonciation formulée par un chef d'État, un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères pose un problème particulier, dans la mesure où la renonciation est soumise à des règles communes, qu'il s'agisse de l'immunité *ratione personae* ou de l'immunité *ratione materiae*. Ainsi, dans le cas de l'immunité *ratione personae*, la renonciation formulée par le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères pourrait se confondre avec la renonciation émanant du représentant jouissant lui-même de l'immunité. Si cette possibilité reste extrêmement hypothétique, il ne fait aucun doute que, si elle devait se concrétiser, elle obligerait les tribunaux à appliquer, dans ce cas également, le principe de l'appréciation au cas par cas de la compétence de l'organe à l'origine de la renonciation et à ne pas s'en tenir à la présomption de validité de la renonciation. En l'espèce, comme l'avait affirmé le Rapporteur spécial précédent, M. Kolodkin, il faudrait peut-être présumer que l'État du représentant a le même statut que son chef d'État, chef du gouvernement ou ministre des affaires étrangères, sauf information contraire communiquée à l'État du for¹⁵⁵.

2. Forme que doit prendre la renonciation

83. La nécessité de préserver la sécurité juridique et le fait que la renonciation à l'immunité a pour effet de limiter les droits de l'État du représentant ont fait naître dans la pratique l'opinion majoritaire selon laquelle cette renonciation doit – en principe – être expresse. Telle est la règle reconnue dans les travaux antérieurs de la Commission, dans les conventions internationales et dans les lois nationales régissant

¹⁵¹ Voir Royaume-Uni, *State Immunity Act 1978*, art. 2, par. 7 ; Singapour, *State Immunity Act 1979*, art. 4, par. 7 ; Pakistan, *State Immunity Ordinance 1981*, art. 4, par. 6 ; Afrique du Sud, *Foreign States Immunities Act 1981*, art. 3, par. 6 ; Israël, *Foreign States Immunity Law 2008*, art. 9, par. c).

¹⁵² Voir résolution de 2001 (session de Vancouver, *Annuaire*, vol. 69, p.748, art. 7, par. 1).

¹⁵³ Aux États-Unis, la renonciation a été établie par le Ministre de la justice, dans l'affaire *Paul v. Avril* (Tribunal du district sud de la Floride, 812 F.Supp.207), et en Belgique, dans l'affaire *Hissène Habré*. Quant à la Suisse, dans l'affaire *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, les tribunaux n'ont pas recherché quels ministères étaient compétents et se sont contentés de déclarer qu'il suffisait que la renonciation émane d'organes gouvernementaux. Ils ont donc accepté une communication transmise par la Mission diplomatique des Philippines accréditée auprès des États-Unis.

¹⁵⁴ Voir *supra*, chapitre II, section A, sous-section 2.

¹⁵⁵ Voir A/CN.4/646, par. 38.

l'immunité¹⁵⁶. Seul l'Institut de Droit international énonce, dans sa résolution de 2001, que la renonciation à l'immunité de juridiction du chef de l'État ou du gouvernement « peut être explicite ou implicite, pourvu qu'elle soit certaine¹⁵⁷ ». De son côté, la jurisprudence nationale n'apporte pas d'indications utiles, car cette question a été abordée le plus souvent dans le contexte de procès civils. Par ailleurs, lorsqu'elle s'est posée en matière pénale, aucune ligne claire ne s'est dégagée de la jurisprudence des tribunaux, y compris lors de l'examen de l'affaire Pinochet (n° 3) par la Chambre des Lords du Royaume-Uni, durant lequel la question de la renonciation tacite à l'immunité a été soulevée mais n'a pas reçu l'appui de la majorité des juges ni joué de rôle déterminant dans la décision finale¹⁵⁸.

84. En tout état de cause, il faut garder à l'esprit que, en matière d'immunité de juridiction pénale, les principes de légalité et de sécurité juridique doivent jouer un rôle de premier plan. De ce point de vue, il semble juste de conclure que la renonciation à l'immunité doit être claire et sans équivoque, afin qu'il ne subsiste aucun doute sur sa portée ainsi que sur les personnes, les actes et les formes d'immunité auxquels s'appliquent la renonciation de la part de l'État du représentant¹⁵⁹. Compte tenu de ces éléments et des positions précédemment exprimées par la Commission, il y a lieu de conclure que la renonciation à l'immunité de juridiction pénale étrangère doit être exprimée de façon explicite et digne de foi, de préférence par écrit. Cependant, on ne saurait exiger que toute renonciation prenne une forme donnée, car cette dernière dépend des circonstances concrètes dans lesquelles intervient ladite renonciation. À cet égard, rien n'empêche un État d'exprimer une telle renonciation par note verbale, par lettre ou communication écrite non diplomatique adressée aux autorités de l'État du for ou par la transmission d'un

¹⁵⁶ En Espagne, l'article 27 de la loi organique 16/2015 dispose que la renonciation à l'immunité est expresse pour le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères.

¹⁵⁷ Art. 7, par. 1, session de Vancouver, 2001, *Annuaire*, vol. 69, p. 748.

¹⁵⁸ Voir la partie du mémorandum du Secrétariat relative à la renonciation à l'immunité dans l'affaire Pinochet (n° 3) (A/CN.4/596, par. 259 à 263).

¹⁵⁹ Voir ci-dessous trois exemples de renoncations explicites figurant dans le mémorandum du Secrétariat (A/CN.4/596, par. 252 et 253). Dans l'affaire *Paul v. Avril*, le Ministre de la justice d'Haïti a déclaré ceci : « Prosper Avril, ex-général de corps d'armée haïtien et ancien Président du Gouvernement militaire de la République d'Haïti, ne bénéficie d'absolument aucune forme d'immunité, que ce soit celle d'un souverain, d'un chef d'État, d'un ancien chef d'État, qu'elle soit diplomatique, consulaire ou testimoniale, ou que ce soit toute autre immunité, de juridiction ou de poursuite, d'exécution des décisions de justice et de comparution avant et après jugement » (Tribunal du district sud de Floride, 812 F. Supp. 207, p. 211). En l'affaire *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, le Tribunal fédéral releva la renonciation expresse des Philippines à leur immunité, qui était ainsi rédigée : « [L]e Gouvernement philippin renonce par la présente à toute immunité 1) d'État, 2) de chef d'État ou 3) diplomatique, dont l'ancien Président philippin Ferdinand Marcos et son épouse Imelda Marcos pourraient jouir ou dont ils pourraient avoir joui sur la base du droit américain ou du droit international [...]. Cette renonciation s'étend à la poursuite de Ferdinand et Imelda Marcos dans l'affaire mentionnée ci-dessus (enquête conduite dans le district méridional de l'État de New York), ainsi qu'à tout acte criminel ou à toute autre affaire connexe dans lesquels ces personnes tenteraient de se référer à leur immunité » (Tribunal fédéral suisse, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police (recours de droit administratif)*, arrêt du 2 novembre 1989, ATF 115 Ib 496, p. 501 et 502). Dans l'affaire mettant en cause Hissène Habré qui fut jugée à Bruxelles, le Ministère tchadien de la justice avait expressément renoncé à l'immunité en ces termes : « La Conférence nationale souveraine tenue à N'Djamena du 15 janvier au 7 avril 1993 avait officiellement levé toute immunité de juridiction à M. Hissène Habré. Cette position a été confortée par la loi n° 010/PR/95 du 9 juin 1995 accordant l'amnistie aux détenus et exilés politiques et aux personnes en opposition armée, à l'exclusion de l'ex-Président de la République, Hissène Habré, ses coauteurs et/ou complices. Dès lors, il est clair que M. Hissène Habré ne peut prétendre à une quelconque immunité de la part des autorités tchadiennes et ce, depuis la fin de la Conférence nationale souveraine » (lettre du Ministre de la justice de la République du Tchad au juge d'instruction de l'arrondissement de Bruxelles, datée du 7 octobre 2002).

acte de procédure ou de tout autre document énonçant de façon claire, explicite et digne de foi sa volonté de lever l'immunité de juridiction pénale étrangère dont bénéficie son représentant¹⁶⁰.

85. Compte tenu de cette conclusion, il apparaît nécessaire d'étudier, ne serait-ce que brièvement, trois éléments dont l'analyse est nécessaire pour déterminer si un acte répond aux conditions nécessaires pour être qualifié de renonciation, à savoir : la comparution devant les autorités exerçant la compétence ; l'insertion dans les accords ou traités internationaux de dispositions rendant obligatoire l'exercice de la juridiction pénale sur un étranger ; la non-invocation de l'immunité.

86. Tout d'abord, la comparution d'un État étranger devant les tribunaux de l'État du for fait partie des actes traditionnellement considérés comme une forme de renonciation à l'immunité de juridiction, aussi bien dans le contexte de certaines immunités des représentants de l'État que dans celui de l'immunité de l'État lui-même¹⁶¹. Étant donné qu'une telle comparution suppose l'accomplissement d'actes de procédure devant une juridiction nationale donnée, il convient de l'interpréter comme un acte de reconnaissance de ladite juridiction. Cette conclusion ne vaut pas, évidemment, si ladite procédure a pour unique but de contester la compétence du tribunal en invoquant l'immunité. Néanmoins, s'agissant de la juridiction pénale étrangère, une telle « renonciation implicite » à l'immunité ou « acceptation explicite » de la compétence de l'État du for est très peu probable dans la pratique, la seule exception étant peut-être celle d'une procédure engagée à l'initiative de l'État du représentant étranger. En effet, dans une telle hypothèse, même si les éléments normatifs de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*ratione personae* ou *ratione materiae*) sont réunis, l'intérêt de l'État étranger à poursuivre son propre représentant entrerait en contradiction avec l'institution de l'immunité et en renverserait le fondement même, qui est de protéger les droits et intérêts de l'État étranger. Si l'on peut s'interroger dans ce cas sur la question de savoir si nous sommes ou non en présence d'une immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, il n'en demeure pas moins que l'introduction d'une action par l'État du représentant devrait, en toute circonstance, être considérée comme une renonciation à toutes les formes d'immunité du représentant susceptibles d'être soulevées au cours de la procédure¹⁶².

87. Ensuite, il faut garder à l'esprit que, tant dans les travaux antérieurs de la Commission consacrés à ce sujet que dans la doctrine¹⁶³, il est envisagé que certaines dispositions de traités internationaux puissent être regardées comme une forme de renonciation à l'immunité de juridiction. Il faut subordonner la concrétisation d'une telle possibilité au fait que la renonciation à l'immunité soit formulée clairement et sans équivoque dans le traité dont on souhaite la déduire. Une telle condition est remplie dans les deux cas suivants : si le texte du traité contient une clause expresse de renonciation à l'immunité ou une clause qui annule l'immunité ou la rend

¹⁶⁰ On peut ainsi rappeler, à titre d'exemple, que la renonciation à l'immunité a été transmise aux tribunaux par note verbale dans l'affaire *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, et par lettre ou communication écrite du Ministère de la Justice dans les affaires *Paul v. Avril* et *Hissène Habré*.

¹⁶¹ Voir Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, art. 32, par. 3 ; Convention de Vienne sur les relations consulaires, art. 45, par. 3 ; Convention sur les missions spéciales, art. 41, par. 3 ; Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, art. 31, par. 3 ; Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, art. 8.

¹⁶² Voir l'analyse de cette question figurant dans le mémorandum du Secrétariat (A/CN.4/596), par. 258 et plus particulièrement note 762 (laquelle fait référence au rapport de M. Verhoeven qui a servi de base à l'adoption de la résolution de 2001 de l'Institut de Droit international).

¹⁶³ Voir *ibid.*, par. 250 à 264, et A/CN.4/646, par. 44.

inopposable devant les juridictions des autres États parties ; si l'on peut clairement déduire du traité que les États parties sont tenus de coopérer sans réserve pour engager des poursuites contre les personnes, y compris les représentants de l'État, qui sont leurs ressortissants ou qui relèvent de leur juridiction, et que l'État du représentant n'exerce pas sa propre compétence. Cependant, la possibilité que la renonciation à l'immunité de juridiction pénale étrangère découle de dispositions conventionnelles d'ordre général, telles que l'obligation pour les États parties d'exercer leur compétence à l'égard de certaines infractions (en particulier les crimes de droit international), celle d'appliquer le principe *aut dedere aut judicare* ou celle de coopérer avec une juridiction pénale internationale, est plus discutable.

88. Dans la première hypothèse, l'obligation d'exercer la compétence dans certaines affaires signifie que les États parties – en l'espèce, l'État du for et l'État du représentant – sont tenus d'incriminer certains actes en droit interne et de fixer des règles de procédure qui leur permettent d'exercer leur compétence, mais elle n'implique pas nécessairement que l'État du représentant renonce à exiger le droit d'être le seul à pouvoir exercer sa compétence pour poursuivre de tels actes lorsqu'ils sont commis par un de ses représentants bénéficiant de l'immunité. Dans un tel cas, afin de garantir un juste équilibre entre la protection du principe d'égalité souveraine et le respect d'autres valeurs et principes juridiques, l'État du représentant sera obligé d'exercer sa compétence à l'égard de ses représentants, mais il semble difficile de conclure qu'une telle obligation générale emporte automatiquement renonciation à l'immunité de juridiction pénale étrangère desdits représentants¹⁶⁴.

89. En outre, il convient de garder à l'esprit à cet égard que la Cour internationale de Justice a exclu cette possibilité en déclarant ce qui suit dans son arrêt en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* :

Si diverses conventions internationales tendant à la prévention et à la répression de certains crimes graves ont mis à la charge des États des obligations de poursuite ou d'extradition, et leur ont fait par suite obligation d'étendre leur compétence juridictionnelle, cette extension de compétence ne porte en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier, et notamment aux immunités des ministres des affaires étrangères. Celles-ci demeurent opposables devant les tribunaux d'un État étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base de ces conventions¹⁶⁵.

90. Cette conclusion est tout aussi pertinente pour déterminer si l'obligation *aut dedere aut judicare* prévue par un traité peut s'analyser en une renonciation à l'immunité. Comme l'a relevé la Cour internationale de justice dans l'affaire relative aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* :

Si l'État sur le territoire duquel se trouve le suspect est saisi d'une demande d'extradition dans l'un des cas prévus par les dispositions de la Convention contre la torture, il peut se libérer de son obligation de poursuivre en faisant droit à la demande d'extradition¹⁶⁶.

91. Si cet arrêt concerne les obligations découlant de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹⁶⁷, il n'en demeure

¹⁶⁴ Voir également la façon dont cette question est traitée du point de vue des limites et exceptions à l'immunité dans le cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/701, par. 215 et 216).

¹⁶⁵ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* note 123), par. 59.

¹⁶⁶ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 456, par. 95.

¹⁶⁷ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984), *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 1465, n° 24841, p. 85.

pas moins qu'il fournit une description adéquate du mode de fonctionnement de l'obligation *aut dedere aut judicare*, dispositif jouant un rôle essentiel dans le cadre de la coopération internationale et de l'entraide. En appliquant le même raisonnement au présent sujet, il convient de conclure que, si l'État du for demandait l'extradition d'un représentant étranger, l'État dudit représentant devrait obligatoirement choisir entre poursuivre ce dernier ou faire droit à la demande. Dans le cadre de la décision, l'État requis pourra faire valoir le fait que la personne dont l'extradition est demandée est ou a été le représentant d'un État tiers et donc proposer à l'État requérant de transmettre l'affaire audit État afin qu'il exerce la compétence pénale lui-même. Dans un sens, c'est ce qui s'est produit au Portugal dans le contexte de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Lisbonne le 10 mai 2018, qui fera l'objet de développements ultérieurs¹⁶⁸. Toutefois, il est difficile de conclure que la seule inclusion de l'obligation *aut dedere aut judicare* dans un traité doit automatiquement être considérée comme un acte de renonciation à l'immunité.

92. Par ailleurs, le point de savoir si l'obligation de coopérer avec une juridiction pénale internationale emporte renonciation à l'immunité de la part de l'État du représentant appelle une analyse plus nuancée. Évoquée en doctrine dès l'adoption du Statut de Rome, cette question est devenue un véritable problème pratique dans le contexte des décisions rendues par la Cour pénale internationale après que plusieurs États n'eurent pas donné suite à la demande d'arrestation et de remise du Président du Soudan, Omar-Al Bashir. Pour finir, la procédure a débouché sur un appel formé par la Jordanie contre la décision de la Chambre préliminaire II de renvoyer la question de son manquement à l'obligation de coopérer avec la Cour à l'Assemblée des États parties, conformément au paragraphe 7 de l'article 87 du Statut de Rome¹⁶⁹.

93. Lors des audiences relatives à cette affaire devant la Cour pénale internationale en septembre 2018, la question s'est notamment posée de savoir si l'effet combiné des articles 98 et 27 du Statut de Rome emportait renonciation à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Cette question a déjà été étudiée du point de vue des limites et exceptions à l'immunité dans le cinquième rapport¹⁷⁰, mais on ne saurait considérer que les débats à ce sujet au sein de la Commission ont été concluants. Néanmoins, tant le Procureur de la Cour pénale internationale que plusieurs participants aux débats – dont certains membres de la Commission – se sont prononcés sur la question et ont parfois fait référence aux travaux de la Commission, dont ils ont tiré différentes interprétations et conclusions. Étant donné que l'affaire demeurait en instance au moment de la rédaction du présent rapport, la Rapporteuse spéciale n'a pas jugé opportun d'analyser en détail la question présentée au paragraphe précédent avant que la Cour n'ait statué. Cependant, la Commission doit savoir que le débat s'est tenu dans un climat de controverse et que la Rapporteuse spéciale se réserve le droit de revenir sur la question durant la suite de son examen du présent sujet.

94. Enfin, il convient de souligner que la non-invocation de l'immunité a parfois été considérée comme une renonciation implicite, au motif que, si l'État n'invoque pas l'immunité à laquelle il a droit, c'est qu'il a décidé d'y renoncer. Si cet argument peut paraître convaincant et semble de nature à contribuer en partie à régler certaines des

¹⁶⁸ Voir *infra*, chapitre III, section C.

¹⁶⁹ Voir *supra*, par. 17. Aux termes du paragraphe 7 de l'article 87 du Statut de Rome : « Si un État Partie n'accède pas à une demande de coopération de la Cour contrairement à ce que prévoit le présent Statut, et l'empêche ainsi d'exercer les fonctions et les pouvoirs que lui confère le présent Statut, la Cour peut en prendre acte et en référer à l'Assemblée des États Parties ou au Conseil de sécurité lorsque c'est celui-ci qui l'a saisie. »

¹⁷⁰ Voir A/CN.4/701, par. 156 à 169.

questions soulevées par le débat sur la portée de l'immunité¹⁷¹, il n'en demeure pas moins qu'il présente de graves lacunes. En particulier, il ne tient compte ni de la distinction entre l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae*, ni de la problématique de la signification et de l'effet juridique du silence ou de l'inaction d'un État.

95. S'agissant de la première question, il est évident que la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* a forcément un effet sur le lien entre l'invocation de l'immunité et la renonciation à celle-ci. Ainsi, dans le cas de l'immunité *ratione personae*, la non-invocation de l'immunité ne saurait en aucun cas s'analyser en une renonciation à celle-ci, puisque les tribunaux de l'État du for doivent l'apprécier d'office. Dès lors, pour cette forme d'immunité, la renonciation à l'immunité est sans rapport avec l'invocation et doit être expresse. En revanche, dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, si l'on admet que les tribunaux de l'État du for ne devront prendre en compte et appliquer l'immunité que si l'État du représentant l'invoque, il faudrait rechercher s'il existe un lien entre renonciation et invocation. Cependant, ce lien ne signifie pas nécessairement que la non-invocation de l'immunité doit être considérée comme valant renonciation implicite¹⁷². Au contraire, pour que tel soit le cas, il faudrait, d'une part, que l'État du représentant sache que les autorités de l'État du for entendent exercer leur compétence pénale à l'égard de l'un de ses représentants, et, d'autre part, qu'il considère lui-même que le représentant en question bénéficie en l'espèce de l'immunité. Il s'agit là de la seule situation où l'inaction de l'État du représentant pourrait être regardée comme une renonciation à l'immunité de juridiction pénale étrangère de son représentant, car l'État sait que les autorités de l'État du for souhaite exercer une telle compétence et que l'immunité ne sera ni prise en compte ni appliquée s'il ne l'invoque pas. En revanche, dans tout autre cas, il est difficile de conclure que la non-invocation de l'immunité emporte renonciation et la possibilité d'une invocation reste donc ouverte.

96. Compte tenu des considérations qui précèdent, il convient de conclure que la renonciation à l'immunité doit être expresse et sans équivoque, bien qu'elle puisse être formulée par divers moyens.

3. Effets de la renonciation à l'immunité

97. Comme souligné précédemment, l'effet immédiat de la renonciation à l'immunité de juridiction pénale étrangère est que l'État consent à soumettre l'un de ses représentants à l'exercice de la compétence pénale étrangère, ce qui invalide tout débat sur l'existence ou l'application de l'immunité et sur ses limites ou exceptions. Comme cet acte entraîne la renonciation à un droit de l'État, il faut examiner la portée des effets au cas par cas en fonction de la forme de la renonciation afin de désigner le représentant et les actes juridictionnels concernés¹⁷³.

98. Il convient de toujours garder à l'esprit que la renonciation s'applique à la procédure et au procès en matière pénale comme un tout. Par conséquent, à partir du moment où elle intervient, la renonciation s'applique aussi bien aux actes d'enquête judiciaire qu'aux différents stades de la procédure pénale, notamment les procédures

¹⁷¹ Notamment à l'appui de la thèse selon laquelle l'immunité est absolue, sa seule limite étant la renonciation de l'État du représentant, qui peut être soit explicite, soit implicite lorsque l'État décide ne pas invoquer l'immunité dans un cas concret.

¹⁷² Dans le même ordre d'idées, voir le troisième rapport du Rapporteur spécial Roman Kolodkin, qui appelle l'attention sur l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*. Dans cet arrêt, la Cour indique que l'immunité de certains représentants de Djibouti n'a pas été invoquée mais ne regarde en aucun cas cette non-invocation comme une renonciation à l'immunité (A/CN.4/646, par. 54).

¹⁷³ Voir le mémorandum du Secrétariat (A/CN.4/596), par. 269.

en première instance et les recours en appel contre des décisions rendues en première instance. La Commission avait soutenu cette conclusion à l'époque¹⁷⁴ et aucun élément nouveau ne semble justifier un changement de position. En outre, ce principe de continuité des effets de la renonciation revêt une importance particulière dans le cas de l'immunité de juridiction pénale étrangère, car la distinction entre immunité de juridiction et immunité d'exécution n'est pas la même que dans le contexte de l'immunité de l'État. Il semble donc raisonnable de conclure qu'une fois faite, la renonciation à l'immunité de juridiction pénale étrangère s'applique tant aux poursuites engagées contre le représentant au sens strict qu'aux autres actes d'exécution visant sa personne et ses biens accomplis à l'occasion et dans le cadre de l'exercice de la compétence pénale. Évidente dans le cas de mesures résultant d'une condamnation sur le fond, cette conclusion vaut également pour certaines mesures qui ont déjà été examinées dans le sixième rapport, en particulier la détention du représentant et les mesures conservatoires qui peuvent être prononcées contre lui ou ses biens au cours de la procédure judiciaire¹⁷⁵.

99. Cela étant dit, pour bien circonscrire les effets de la renonciation à l'immunité, il convient d'examiner dans ce contexte le moment où la renonciation doit se produire. À cette fin, il faut tout d'abord souligner que le moment où cette renonciation doit intervenir n'est précisé ni dans les divers traités et autres instruments internationaux relatifs à la renonciation à l'immunité de juridiction, ni dans les lois nationales régissant la matière. Par ailleurs, la jurisprudence (nationale comme internationale) ne s'est pas expressément prononcée sur ce point et les observations formulées par les États n'apportent pas davantage d'indications utiles sur la question. On peut dès lors en conclure que la renonciation à l'immunité peut avoir lieu à tout moment. Toutefois, pour produire pleinement ses effets, elle doit intervenir à un stade précoce de la procédure pénale. Dans le cas contraire, c'est aux autorités de l'État du for qu'il appartient d'examiner la question de l'immunité et de se prononcer sur son application. Cela étant, rien n'empêche que la renonciation soit faite à un stade ultérieur, que ce soit à l'initiative de l'État du représentant ou à la demande de l'État du for ou encore en vertu d'un accord conclu entre les deux États.

100. En tout état de cause, la renonciation à l'immunité ne produit d'effets qu'à partir du moment où elle a lieu. Avant cela, les autorités de l'État doivent donc prendre en compte la question de l'immunité du représentant étranger dans l'exercice de leur compétence pénale. En revanche, une fois faite, la renonciation a des répercussions dans le temps et la question de l'immunité cesse de faire obstacle à l'exercice de la compétence pénale des autorités de l'État du for. Dans ce contexte, la question de savoir si une telle renonciation peut ou non être révoquée a été soulevée dans le cadre des travaux antérieurs de la Commission. Bien qu'il n'existe aucune pratique à cet égard, il résulte de la nature de la renonciation à l'immunité, de ses effets sur le droit de l'État du for à exercer sa compétence et de la nécessité de garantir le respect du principe de sécurité juridique, que la renonciation de l'immunité est irrévocable. Cette conclusion s'applique uniquement au cas particulier auquel se rapporte la renonciation à l'immunité, si bien que les autorités de l'État du for qui cherchent à exercer leur compétence pénale sur de nouveaux actes distincts de ceux auxquels se rapporte la renonciation doivent réexaminer la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère du représentant de l'État.

¹⁷⁴ Dans son commentaire sur l'article 30 du projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques, la Commission affirme qu'« [i]l va de soi que le procès, quelle que soit l'instance où il se déroule, est considéré comme un tout et que l'exception d'immunité ne saurait être invoquée en appel s'il y a eu renonciation, expresse ou tacite, en première instance » (*Annuaire ... 1958*, vol. II, p. 103, par. 5).

¹⁷⁵ [A/CN.4/722](#), par. 60 à 79 et 90 à 96.

101. Pour conclure l'examen de la renonciation à l'immunité, il convient de réaffirmer que seule la renonciation peut produire des effets et que la décision de l'État du représentant de ne pas renoncer à l'immunité, malgré la demande de l'État du for, n'entraîne aucun effet juridique autonome (autre que l'obligation incombant à ce dernier d'examiner l'application de l'immunité). À ce propos, il convient toutefois de rappeler la proposition présentée par l'un des membres de la Commission en 2017 dans le cadre du débat sur les limites et les exceptions à l'immunité. M. Nolte avait formulé oralement la proposition suivante :

L'État du représentant lève l'immunité ou soumet l'affaire à ses propres tribunaux aux fins de poursuites lorsque les crimes suivants sont allégués :

- a) Le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et la torture ;
- b) [Autres crimes éventuels]¹⁷⁶.

102. Cette proposition visait de fait à remplacer le projet d'article 7 proposé par la Rapporteuse spéciale dans son cinquième rapport. Dans cette perspective, la décision de ne pas renoncer à l'immunité aurait entraîné des effets si la Commission n'avait pas adopté provisoirement le projet d'article 7. Cette proposition n'a donc pas été prise en compte dans le présent rapport.

103. Compte tenu des considérations qui précèdent, le projet d'article ci-après est proposé :

Projet d'article 11 **Renonciation à l'immunité**

1. L'État peut renoncer à l'immunité de juridiction pénale étrangère de ses représentants.
2. La renonciation doit être expresse et claire ; elle doit désigner le représentant dont l'immunité est levée et, le cas échéant, les actes visés.
3. La renonciation a lieu de préférence selon les procédures établies dans les accords de coopération et d'entraide judiciaire auxquels les deux États sont parties ou suivant d'autres procédures généralement acceptées par ces États. La renonciation à l'immunité peut être notifiée par la voie diplomatique.
4. Par renonciation expresse, on entend une renonciation pouvant se déduire de manière claire et sans équivoque d'un traité international auquel sont parties l'État du for et l'État du représentant.
5. Lorsque la renonciation à l'immunité n'est pas faite directement devant les juridictions de l'État du for, les autorités qui ont été notifiées de la renonciation utilisent tous les moyens à leur disposition pour en informer les organes ayant compétence pour apprécier l'application de l'immunité.
6. La renonciation à l'immunité est irrévocable.

Chapitre III **Garanties procédurales entre l'État du for et l'État du représentant**

104. Dans les débats sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, tant les membres de la Commission que les États ont estimé qu'il fallait

¹⁷⁶ A/CN.4/SR.3365.

inclure, dans les travaux menés sur le sujet, des garanties procédurales non seulement générales mais également particulières quant à l'application éventuelle des limites et exceptions énumérées dans le projet d'article 7. Toutefois, le terme « garanties procédurales » n'a pas toujours été employé avec le même sens, de sorte qu'il est difficile de déterminer quels moyens cette expression générique devrait recouvrir et, partant, lesquels devraient figurer dans le projet d'articles.

105. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, les garanties procédurales devant figurer dans les projets d'articles doivent être déterminées au regard de l'objectif pour lequel elles sont établies. D'un point de vue général, cet objectif n'est autre que d'assurer l'équilibre nécessaire entre le respect du principe de l'égalité souveraine vis-à-vis de l'État du représentant (qui se traduit par l'invocation de l'immunité de son représentant) et le respect du même principe vis-à-vis de l'État du for (qui se traduit par son droit à exercer sa compétence). Il faut également veiller à ce que, d'un côté, l'État du for n'exerce pas sa compétence de manière abusive ou à des fins ou pour des motifs politiques, et, de l'autre, à ce que l'État du représentant n'utilise pas frauduleusement l'institution de l'immunité dans le seul but d'affranchir son représentant de toute responsabilité pénale en toutes circonstances.

106. Les garanties procédurales doivent donc être considérées comme des moyens de nature procédurale permettant d'atteindre l'objectif susmentionné, qui, aux fins du présent sujet, se traduit ici par un ensemble de buts précis pouvant être résumés comme suit :

a) Veiller à ce que l'État du représentant soit pleinement informé de l'intention de l'État du for d'exercer une forme de compétence pénale étrangère sur son représentant, afin de pouvoir déterminer sa position à cet égard ;

b) Veiller à ce que l'État du for puisse obtenir auprès des autorités de l'État du représentant les informations nécessaires pour se prononcer sur l'application de l'immunité ;

c) Faciliter l'utilisation de moyens procéduraux permettant, le cas échéant, l'exercice de la compétence pénale, soit par l'État du for soit par l'État du représentant ;

d) Faciliter les consultations entre l'État du for et l'État du représentant au sujet de toute question ou divergence susceptible de s'élever au cours de la procédure de détermination et d'application de l'immunité.

107. Pour atteindre ces buts, il convient d'examiner quatre types d'activités susceptibles d'être qualifiées de « garanties procédurales », à savoir :

a) La notification à l'État du représentant de l'intention des autorités de l'État du for d'exercer leur compétence pénale ;

b) La demande et l'échange d'informations ;

c) Le transfert de procédures pénales à l'État du représentant ;

d) La tenue de consultations entre l'État du for et l'État du représentant.

108. Ces « garanties procédurales » doivent être examinées principalement au regard des régimes internationaux de coopération et d'entraide en matière judiciaire. Cet examen permettra de définir ces garanties à partir de catégories et d'institutions que les États connaissent, ce qui facilitera leur éventuelle application. C'est pourquoi le présent chapitre a été élaboré à partir d'une étude comparative des principaux instruments internationaux de coopération et d'entraide en matière pénale qui existent au niveau tant universel que régional. Ainsi, les instruments ci-après ont été examinés :

- La Convention européenne d’entraide judiciaire en matière pénale, du 20 avril 1959¹⁷⁷, et les deux protocoles additionnels s’y rapportant¹⁷⁸ ;
- La Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, du 15 mai 1972¹⁷⁹ ;
- La Convention européenne d’extradition, du 13 décembre 1957¹⁸⁰, et les quatre protocoles additionnels s’y rapportant¹⁸¹ ;
- La Convention interaméricaine sur l’entraide en matière pénale, du 23 mai 1992¹⁸² ;
- La Convention interaméricaine sur l’extradition, du 25 février 1981¹⁸³ ;
- La Convention relative à l’entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l’Union européenne, du 29 mai 2000¹⁸⁴ ;
- La Décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil de l’Union européenne du 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d’exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales¹⁸⁵ ;
- La Convention relative à l’entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise, du 23 novembre 2005¹⁸⁶ ;
- La Convention d’extradition entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise, du 23 novembre 2005¹⁸⁷ ;
- Le Traité type d’entraide judiciaire en matière pénale des Nations Unies, du 14 décembre 1990¹⁸⁸ ;
- Le Traité type des Nations Unies sur le transfert des poursuites pénales, du 14 décembre 1990¹⁸⁹ ;
- Le Traité type d’extradition des Nations Unies, du 14 décembre 1990¹⁹⁰.

109. En outre, il a été tenu compte de divers traités internationaux sur la prévention et la répression des infractions internationales. S’ils ne concernent pas exclusivement la coopération et l’entraide judiciaire internationales, ces instruments comportent néanmoins des dispositions présentant un intérêt pour l’examen des garanties procédurales dans le présent chapitre. Il s’agit notamment de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide¹⁹¹, de la Convention internationale

¹⁷⁷ *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 472, n° 6841, p. 185.

¹⁷⁸ Conseil de l’Europe, *Recueil des Traités européens*, n°s 99 et 182.

¹⁷⁹ *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 1137, n° 17825, p. 29.

¹⁸⁰ *Ibid.*, vol. 359, n° 5146, p. 273.

¹⁸¹ Protocole additionnel, *ibid.*, vol. 1161, n° 5146, p. 450 ; Deuxième protocole additionnel, *ibid.*, vol. 1496, n° 5146, p. 328 ; Troisième protocole additionnel, *ibid.*, vol. 2838, n° 5146, p. 183 ; Quatrième protocole additionnel, *ibid.*, n° 5146.

¹⁸² Organisation des États américains, *Recueil des Traités*, n° 75.

¹⁸³ *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 1752, n° 30597, p. 177.

¹⁸⁴ *Journal officiel des Communautés européennes*, C 197/1, 12 juillet 2000.

¹⁸⁵ *Journal officiel de l’Union européenne*, L 328/42, 15 décembre 2009.

¹⁸⁶ Disponible en portugais à l’adresse : www.cplp.org.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ Résolution 45/117 de l’Assemblée générale en date du 14 décembre 1990, modifiée ultérieurement par la résolution 53/112 du 9 décembre 1998.

¹⁸⁹ Résolution 45/118 de l’Assemblée générale en date du 14 décembre 1990.

¹⁹⁰ Résolution 45/116 de l’Assemblée générale en date du 14 décembre 1990, modifiée par la résolution 52/88 du 4 février 1998.

¹⁹¹ Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948), *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 78, n° 1021, p. 277.

sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid¹⁹², de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées¹⁹³. Dans la même perspective, on a pris en compte les travaux menés par la Commission sur certaines questions pouvant présenter un intérêt pour l'examen du présent sujet, notamment ses travaux sur le code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, sur la création d'une cour criminelle internationale et sur les crimes contre l'humanité. Il y est dûment fait référence lorsqu'une des dispositions de ces instruments ou les commentaires de la Commission ont été jugés pertinents. Il a également été tenu compte du Statut de Rome. Bien qu'il se rapporte à la coopération entre la Cour pénale internationale et les juridictions des États Parties, cet instrument prévoit un régime de coopération élaboré qui peut être utile aux fins du présent rapport.

110. Sur cette base sont examinées les questions suivantes : a) la notification à l'État du représentant de l'intention d'exercer la compétence pénale ; b) l'échange d'informations entre l'État du for et l'État du représentant ; c) le transfert de procédures pénales à l'État du représentant ; d) la tenue de consultations. Le recours à l'un de ces moyens repose sur l'hypothèse qu'il existe des voies de communication entre l'État du for et l'État du représentant. Ainsi, il a été jugé nécessaire d'examiner cette question, non pas de manière distincte, mais plutôt de manière ciblée, selon les besoins, au regard de chacun des thèmes susmentionnés.

A. Notification à l'État du représentant de l'intention d'exercer la compétence pénale

111. Il est généralement admis que l'immunité de juridiction pénale étrangère est reconnue aux représentants de l'État dans l'intérêt de ce dernier. Ainsi, comme on l'a analysé plus haut, c'est à l'État et non au représentant qu'il appartient de décider d'invoquer l'immunité ou d'y renoncer, ainsi que de déterminer la forme et les moyens à utiliser pour faire valoir l'immunité de l'un de ses représentants. Toutefois, pour être en mesure d'exercer ces facultés, l'État doit être informé de l'intention des autorités d'un État tiers d'exercer leur compétence pénale à l'égard de l'un de ses représentants. Il faut donc examiner, dans le cadre des garanties procédurales, la question de la notification à l'État du représentant de l'intention de l'État du for d'exercer sa compétence pénale sur ce dernier.

112. Au seuil de cet examen, il convient d'abord de souligner qu'aucune règle obligeant l'État du for de notifier l'État du représentant de son intention d'exercer sa compétence pénale sur ce dernier ne figure dans les instruments conventionnels prévoyant une certaine forme d'immunité de juridiction pénale étrangère. La seule exception se trouve dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires, dont l'article 42 prévoit ce qui suit :

En cas d'arrestation, de détention préventive d'un membre du personnel consulaire ou de poursuite pénale engagée contre lui, l'État de résidence est tenu d'en prévenir au plus tôt le chef de poste consulaire. Si ce dernier est lui-même visé par l'une de ces mesures, l'État de résidence doit en informer l'État d'envoi par la voie diplomatique.

¹⁹² Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (New York, 30 novembre 1973), *ibid.*, vol. 1015, n° 14861, p. 243.

¹⁹³ Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (New York, 20 décembre 2006), *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 2716, n° 48088, p. 3.

113. Si l'obligation de notification est uniquement énoncée dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires, c'est assurément parce que cet instrument se différencie nettement des trois autres conventions pertinentes. En effet, la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel et la Convention sur les missions spéciales envisagent l'immunité de juridiction pénale étrangère en termes d'immunité *ratione personae*, ce qui fait obstacle à l'exercice de toute forme de compétence pénale étrangère à l'égard des représentants visés dans leurs dispositions. Inversement, le caractère principalement *ratione materiae* de l'immunité reconnue aux agents consulaires et autres membres du personnel consulaire n'oppose pas un obstacle absolu à l'exercice de la juridiction pénale étrangère. Par conséquent, l'obligation de notification peut servir de garantie pour l'État du représentant.

114. Le même souci de garantir que l'État soit informé de l'ouverture d'une procédure susceptible de porter atteinte à son immunité se retrouve dans le paragraphe 1 de l'article 22 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, qui précise les moyens par lesquels « [l]a signification ou la notification d'une assignation ou de toute autre pièce instituant une procédure contre un État » doit être effectuée, ce qui présuppose que de tels actes doivent être notifiés. S'il est clair que cette disposition suit un modèle différent de celui de l'immunité de juridiction pénale étrangère, il est également vrai que la notification devient une condition essentielle pour permettre à l'État d'invoquer son immunité, si bien que l'article susmentionné peut être pris en compte *mutatis mutandis* aux fins du présent sujet.

115. À l'appui de cette interprétation de la notification comme garantie pour l'État du représentant – entendu comme l'État ayant compétence à titre principal pour exercer la juridiction sur ses représentants –, on peut citer les dispositions de l'article 6 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹⁹⁴, de l'article 10 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées¹⁹⁵ et de l'article 18 du Statut de Rome¹⁹⁶, dont le texte a été repris dans l'article 9 du projet d'articles sur les crimes contre l'humanité adopté par la Commission en première lecture en 2017¹⁹⁷. S'ils ne

¹⁹⁴ L'article 6 dispose notamment : « 4. Lorsqu'un État a mis une personne en détention, conformément aux dispositions du présent article, il avise immédiatement de cette détention et des circonstances qui la justifient les États visés au paragraphe 1 de l'article 5. L'État qui procède à l'enquête préliminaire visée au paragraphe 2 du présent article en communique rapidement les conclusions auxdits États et leur indique s'il entend exercer sa compétence. »

¹⁹⁵ L'article 10 prévoit notamment : « 2. L'État partie qui a pris les mesures visées au paragraphe 1 du présent article procède immédiatement à une enquête préliminaire ou à des investigations en vue d'établir les faits. Il informe les États parties visés au paragraphe 1 de l'article 9 des mesures qu'il a prises en application du paragraphe 1 du présent article, notamment la détention et les circonstances qui la justifient, et des conclusions de son enquête préliminaire ou de ses investigations, en leur indiquant s'il entend exercer sa compétence. »

¹⁹⁶ L'article 18 dispose notamment : « 1. Lorsqu'une situation a été déférée à la Cour comme le prévoit l'article 13, alinéa a), et que le Procureur a déterminé qu'il y aurait une base raisonnable pour ouvrir une enquête, ou lorsque le Procureur a ouvert une enquête au titre des articles 13, paragraphe c), et 15, le Procureur le notifie à tous les États Parties et aux États qui, selon les renseignements disponibles, auraient normalement compétence à l'égard des crimes dont il s'agit. Il peut le faire à titre confidentiel et, quand il juge que cela est nécessaire pour protéger des personnes, prévenir la destruction d'éléments de preuve ou empêcher la fuite de personnes, il peut restreindre l'étendue des renseignements qu'il communique aux États. »

¹⁹⁷ L'article 9 dispose notamment : « 3. Lorsqu'un État a mis une personne en détention préventive, conformément aux dispositions du présent projet d'article, il avise immédiatement de cette détention et des circonstances qui la justifient les États visés au paragraphe 1 du projet d'article 7. L'État qui procède à l'enquête préliminaire visée au paragraphe 2 du présent projet d'article en

mentionnent pas l'immunité, ces articles ont la même finalité que l'obligation de notifier l'État du représentant examinée dans le présent rapport, à savoir informer les États pouvant exercer leur compétence à l'égard de ces crimes du fait que les autorités de l'État qui le notifie (en l'espèce, l'État du for) ont procédé à des enquêtes préliminaires et qu'ils comptent adopter des mesures à caractère juridictionnel qui pourraient avoir des répercussions sur l'exercice de la compétence des États qui sont notifiés (en l'espèce, l'État du représentant).

116. Il convient donc de conclure que la première garantie procédurale à mentionner dans le projet d'articles est l'obligation de l'État du for de notifier l'État du représentant qu'il a pris ou compte prendre des mesures relevant de sa compétence pénale à l'égard du représentant étranger. Le contenu de cette notification peut varier selon les cas, mais il apparaît évident que celle-ci doit comporter suffisamment d'éléments pour que l'État du représentant connaisse l'identité du représentant, les actes qu'il a commis et à l'égard desquels l'État du for compte exercer sa compétence, ainsi que les mesures que les autorités compétentes de l'État du for souhaitent prendre. C'est là la seule façon pour l'État du représentant d'être bien au fait de la situation et de décider en connaissance de cause s'il y a lieu d'invoquer l'immunité ou d'y renoncer. Cette notification peut également comprendre une demande de renonciation à l'immunité du représentant¹⁹⁸.

117. Le moyen par lequel la notification est communiquée et l'autorité compétente pour procéder à la notification doivent être acceptables pour les deux États. À cet égard, il faut relever que les traités régissant les diverses formes d'immunité des représentants de l'État sont muets sur cette question, même dans le cas de l'article 42 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires mentionné plus haut. En revanche, on peut noter que la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens précise les modes de notification que les États peuvent utiliser. Ainsi, aux termes de son article 22 :

1. La signification ou la notification d'une assignation ou de toute autre pièce instituant une procédure contre un État est effectuée :

a) Conformément à toute convention internationale applicable liant l'État du for et l'État concerné ; ou

b) Conformément à tout arrangement particulier en matière de signification ou de notification intervenu entre le demandeur et l'État concerné, si la loi de l'État du for ne s'y oppose pas ; ou

c) En l'absence d'une telle convention ou d'un tel arrangement particulier :

i) Par communication adressée par les voies diplomatiques au Ministère des affaires étrangères de l'État concerné ; ou

ii) Par tout autre moyen accepté par l'État concerné, si la loi de l'État du for ne s'y oppose pas.

2. La signification ou la notification par le moyen visé au sous-alinéa i) de l'alinéa c) du paragraphe 1 est réputée effectuée par la réception des documents par le Ministère des affaires étrangères.

118. Compte tenu de la nature de ces dispositions, rien n'empêche de les appliquer *mutatis mutandis* à l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un représentant de

communique rapidement les conclusions auxdits États et leur indique s'il entend exercer sa compétence. » (*Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations Unies, soixante-douzième session, Supplément n° 10 (A/72/10)*, par. 45).

¹⁹⁸ Voir *supra*, chapitre II, section C.

l'État. Ainsi, on peut conclure que, dans ce cas, la notification pourrait être communiquée par l'un des moyens suivants :

- a) Par les mécanismes de communication expressément prévus par les accords de coopération et d'entraide judiciaire internationales en vigueur entre les deux États ;
- b) Conformément à tout accord spécial que les deux États pourraient conclure si la législation de l'État du for ne l'interdit pas ;
- c) Par tout autre moyen recevable conformément à la législation de l'État du for ;
- d) Par défaut, par la voie diplomatique.

119. Il semble évident que les accords et conventions de coopération et d'entraide judiciaire internationale sont essentiels pour déterminer le moyen qui pourrait être utilisé dans telle ou telle situation. Tous les instruments de coopération et d'entraide judiciaire internationale prévoient des dispositions à cet effet¹⁹⁹. Dans ce contexte, il convient de mentionner la nouvelle tendance à intégrer progressivement à ces instruments des modalités de coopération directe entre les autorités compétentes de l'État requérant et celles de l'État requis, allant jusqu'à la mise en place de systèmes de communication directe entre juges²⁰⁰. Cependant, il n'en demeure pas moins qu'en pratique, dans le cadre de certaines conventions, la communication continue de se faire par voie administrative (généralement entre ministères de la justice des États concernés), voire par voie diplomatique.

120. En particulier, il convient de noter que la communication par voie diplomatique reste le moyen privilégié par bon nombre d'États en matière de coopération internationale et d'entraide judiciaire et que – comme l'ont souligné certains États – elle est souvent utilisée dans les cas où se pose la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État²⁰¹. En outre, le recours à la voie diplomatique occupe une place centrale dans le cadre du sujet qui nous intéresse, dans la mesure où la question de l'application ou non de l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un représentant donné constitue indéniablement une « affaire officielle ». Dès lors, en l'absence d'autre moyen de communication convenu entre l'État du for et l'État du représentant, il semble évident de conclure que les dispositions du paragraphe 2 de l'article 41 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques trouvent à s'appliquer. Aux termes de ce paragraphe :

Toutes les affaires officielles traitées avec l'État accréditaire, confiées à la mission par l'État accréditant, doivent être traitées avec le Ministère des affaires

¹⁹⁹ Voir, par exemple, la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 15 ; la Convention interaméricaine sur l'entraide judiciaire en matière pénale, art. 13 ; la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, art. 6 ; la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise, art. 8 ; Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 3.

²⁰⁰ Voir *supra*, chapitre II, section B.

²⁰¹ La Suisse et les Pays-Bas l'ont expressément confirmé dans leurs observations écrites. Pour l'Espagne, l'article 53 de la loi organique n° 16/2015 prévoit ce qui suit : « *Communication des États étrangers et des organisations internationales.* Les communications par lesquelles les États étrangers indiquent expressément consentir à l'exercice de la compétence des organes juridictionnels espagnols ou renoncer à se prévaloir de l'immunité dans tous les cas visés par la présente loi organique, ainsi que les communications des organisations internationales ayant le même objet, seront effectuées par la voie diplomatique, par l'intermédiaire du Ministère des affaires étrangères et de la coopération. »

étrangères de l'État accréditaire ou par son intermédiaire, ou avec tel autre ministère dont il aura été convenu.

121. Dans tous les cas, la notification à l'État du représentant suppose incontestablement que les autorités chargées d'y procéder soient informées des activités des organes juridictionnels compétents, ce qui ne se produit pas nécessairement dans la pratique. Il est évident que le problème ne se pose pas si la notification a été faite directement par les autorités judiciaires ou même par l'intermédiaire des organes chargés de l'enquête. Cependant, dans la pratique, il ne s'agit pas de la situation la plus courante et, dans tous les autres cas (par exemple, communication administrative par l'intermédiaire des ministères de la justice ou communication par voie diplomatique), on ne peut tenir pour acquis que les organes judiciaires chargés de statuer sur l'immunité du représentant étranger aient l'obligation d'en informer les organes du pouvoir exécutif ou que ces derniers puissent demander aux tribunaux des informations à cet égard. Se pose donc un problème dont l'importance n'est pas négligeable, à savoir l'existence ou non, dans l'ordre juridique de l'État du for, de moyens de communication et d'échange d'informations entre les organes du pouvoir exécutif et les organes chargés d'exercer leur compétence, en particulier les tribunaux et les parquets. Ce problème peut également se présenter dans le cadre des autres garanties procédurales, et il semble donc nécessaire de l'analyser en profondeur.

122. Les réponses des États aux questions de la Commission à ce sujet révèlent la diversité des approches adoptées dans les systèmes juridiques internes. Dans certains cas, les organes du pouvoir exécutif ne peuvent en aucun cas communiquer aux tribunaux leurs avis au sujet de l'immunité ni leur demander des informations à cet égard ou leur transmettre des informations reçues d'un État tiers, sauf si la loi les y autorise expressément. Dans d'autres cas, des mécanismes ont été mis en place pour permettre aux organes judiciaires de demander aux administrations publiques leur avis au sujet de l'immunité ou pour permettre aux organes du pouvoir exécutif de donner des avis juridiques aux tribunaux. Enfin, dans d'autres cas encore, les lois imposent aux organes judiciaires d'informer l'administration de l'ouverture de poursuites pénales pouvant avoir des conséquences pour un État tiers ou l'un de ses représentants, ou de l'intention d'en engager, et définissent les moyens de communication à utiliser à cette fin.

123. S'agissant du premier groupe, on peut citer en particulier le cas de l'Allemagne qui, dans ses observations écrites du 6 avril 2017, a fait expressément savoir que la loi allemande établissait des limites à la transmission d'informations aux juridictions nationales par le Ministère des affaires étrangères et a ajouté que, comme l'avait déclaré la Cour constitutionnelle fédérale, toute « influence évitable » était interdite, avant de conclure que tout type d'avis juridique émanant du pouvoir exécutif était illégitime, à moins que la loi ne l'ait expressément autorisé²⁰². Les Pays-Bas ont, quant à eux, indiqué que leur système juridique national ne prévoyait aucun mécanisme permettant aux organes du pouvoir exécutif de transmettre des documents ou des informations aux tribunaux au sujet des affaires d'immunité.

124. En ce qui concerne le deuxième groupe, il convient tout d'abord de mentionner la loi américaine relative aux « recommandations d'immunité », déjà examinée dans le sixième rapport²⁰³. Cette loi permet aux organes du pouvoir exécutif de transmettre d'office aux tribunaux leur avis au sujet de l'immunité. On rencontre une pratique similaire au Royaume-Uni, où les juridictions peuvent demander au Ministère des affaires étrangères des informations sur le statut de la personne susceptible de

²⁰² Le texte intégral de la communication présentée par l'Allemagne est disponible sur le site Web de la Commission.

²⁰³ Voir A/CN.4/722, par. 100 et 101.

bénéficiaire de l'immunité²⁰⁴ et le Ministère peut devenir partie à la procédure engagée ou même charger une personne d'intervenir comme *amicus curiae* devant le tribunal si se posent des questions relatives à l'immunité de juridiction pénale d'un représentant étranger²⁰⁵. D'après les informations fournies par la Suisse, la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères est notamment chargée de veiller à ce que « les autorités suisses interprètent et appliquent correctement toutes les règles du droit international public²⁰⁶ » et, à ce titre, peut être invitée à se prononcer sur des questions juridiques relatives à l'immunité des représentants de l'État, notamment dans le cadre de poursuites judiciaires, ce qu'elle fait généralement sous la forme d'avis²⁰⁷. Des informations similaires ont été communiquées par la Tchéquie²⁰⁸ et le Mexique²⁰⁹, dont les tribunaux – lorsqu'ils appliquent des dispositions pénales de portée générale et de procédure – peuvent s'adresser à l'administration pour requérir toute information les intéressant. En Espagne, les tribunaux sont tenus de demander au Ministère des affaires étrangères un rapport sur les questions d'immunité dont ils sont saisis (bien que ces rapports ne soient pas contraignants) et doivent également recevoir les communications de l'État étranger qui leur sont transmises par le Ministère des affaires étrangères²¹⁰. Enfin, dans le cas de l'Autriche, lorsqu'un tribunal doute qu'une personne jouisse de l'immunité de juridiction pénale nationale, il doit demander l'avis du Ministère de la justice pour tirer au clair la qualité de cette personne en consultation avec le Ministère des affaires étrangères²¹¹.

125. S'agissant du troisième groupe d'États, il convient de citer en particulier les cas de l'Espagne et de l'Autriche. D'après les informations communiquées par l'Autriche, si une personne bénéficiant de l'immunité est soupçonnée d'avoir commis une infraction pénale, le parquet est tenu, au terme de l'enquête préliminaire, de fournir

²⁰⁴ D'après les informations fournies par le Royaume-Uni, la réponse du Ministère des affaires étrangères, qui se présente sous la forme d'un certificat de statut, ne porte que sur des questions de fait et c'est aux tribunaux qu'il revient de se prononcer sur toute question juridique relative à la détermination de l'immunité. Voir les observations écrites du 1^{er} janvier 2019, présentées par le Royaume-Uni en réponse aux questions de la Commission, en particulier la section relative aux certificats du pouvoir exécutif utiles pour déterminer la qualité de l'accusé. Le texte intégral de la communication présentée par le Royaume-Uni est disponible sur le site Web de la Commission.

²⁰⁵ Ibid. Voir en particulier les sections relatives au rôle du pouvoir exécutif comme partie à une procédure relative à la détermination de l'immunité et à la participation des *amicus curiae* et des parties intéressées à la procédure.

²⁰⁶ Ordonnance sur l'organisation du Département des affaires étrangères, alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 8 (RS 172 211). Le texte est reproduit dans les observations écrites du 31 janvier 2017 présentées par la Suisse en réponse aux questions posées par le Comité.

²⁰⁷ Dans tous les cas, ces avis n'ont aucun effet juridique dans le cadre de la procédure, ne sont pas contraignants pour les tribunaux et ne confèrent pas à la Direction du droit international public la qualité de partie à la procédure. Les informations générales fournies par la Suisse au sujet des aspects procéduraux de l'immunité sont disponibles sur le site Web de la Commission.

²⁰⁸ Les dispositions du Code de procédure pénale tchèque sont analysées en détail dans la réponse de la Tchéquie aux questions posées en 2016, laquelle est disponible sur le site Web de la Commission.

²⁰⁹ Les demandes d'information peuvent émaner tant des organes chargés de l'enquête que des juridictions compétentes. Les informations générales fournies par le Mexique au sujet des aspects procéduraux de l'immunité sont disponibles sur le site Web de la Commission.

²¹⁰ Ces deux obligations ont été posées par la loi organique n° 16/2015. Bien qu'elles renvoient à la juridiction civile, elles s'appliquent également, par analogie, aux affaires dans lesquelles les juridictions pénales doivent se prononcer sur des questions d'immunité. Voir, en particulier, les articles 52 et 54. Les dispositions des paragraphes 2 et 3 de ce dernier article revêtent un intérêt particulier. Les informations générales communiquées par l'Espagne au sujet des aspects procéduraux de l'immunité sont disponibles sur le site Web de la Commission.

²¹¹ Règlement sur l'extradition et l'entraide judiciaire en matière pénale, art. 57. Les informations générales fournies par l'Autriche au sujet des aspects procéduraux de l'immunité sont disponibles sur le site Web de la Commission.

des informations sur les faits de l'affaire et sur les mesures que compte prendre le Ministère de la justice²¹². En Espagne, un mécanisme de communication entre le Ministère des affaires étrangères et de la coopération et les organes judiciaires est prévu par la loi organique n° 16/2015, dont l'article 54 est libellé comme suit :

1. Le Ministère des affaires étrangères et de la coopération transmet l'assignation ou la notification de l'organe juridictionnel à la mission diplomatique ou à la mission permanente de l'Espagne compétente, qui la communique ensuite au Ministère des affaires étrangères de l'État étranger ou à l'organe compétent de l'organisation internationale.

2. Le Ministère des affaires étrangères et de la coopération transmet à l'organe juridictionnel compétent le rapport non contraignant prévu à l'article 27 de la loi n° 29/2015 du 30 juillet sur l'entraide judiciaire internationale en matière civile, ainsi que toute communication relative à l'immunité qu'un État étranger ou une organisation internationale lui a transmise par la voie diplomatique dans le cadre de poursuites engagées en Espagne.

3. L'organe juridictionnel compétent transmet au Ministère des affaires étrangères et de la coopération, dans les meilleurs délais, les demandes de rapport prévu à l'article 27 de la loi n° 29/2015 du 30 juillet sur l'entraide judiciaire internationale en matière civile, ainsi que les communications adressées à l'État étranger.

126. On peut déduire de toutes les considérations qui précèdent que l'État du for pourra se heurter à une difficulté pratique au moment de procéder à la notification analysée dans la présente section. En conséquence, il semble nécessaire que la Commission examine, dans le cadre de ses travaux sur les garanties procédurales, y compris dans les projets d'articles sur la question, des propositions visant à résoudre cette difficulté.

127. En tout état de cause, à la lumière de l'analyse figurant dans les paragraphes précédents, il y a lieu de conclure en résumé que la notification à l'État du représentant de l'intention des organes compétents de l'État du for d'exercer leur compétence pénale à l'égard dudit représentant est une condition essentielle pour garantir que l'immunité de juridiction étrangère des représentants de l'État est correctement appréciée et appliquée. En conséquence, la Commission pourrait envisager d'inclure un projet d'article sur cette question, dont le libellé serait rédigé de la manière suivante :

Projet d'article 12
Notification à l'État du représentant

1. Lorsque les autorités compétentes de l'État du for disposent d'éléments suffisants pour conclure qu'un représentant d'un État étranger pourrait être soumis à sa juridiction pénale, l'État du for le notifie à l'État du représentant. À cette fin, les États envisagent de prévoir dans leur droit interne les procédures nécessaires pour faciliter une telle notification.

2. La notification comprend l'identité du représentant, les actes commis par ce dernier sur lesquels pourrait s'exercer la juridiction pénale et l'autorité compétente pour exercer une telle juridiction conformément à la législation de l'État du for.

3. La notification est faite par l'un quelconque des moyens de communication acceptés par les deux États ou par les moyens prévus dans les traités de coopération

²¹² Ibid., art. 56, auquel se réfère la réponse écrite de l'Autriche.

et d'entraide judiciaire internationales auxquels les deux États sont parties. Si de tels moyens n'existent pas ou n'ont pas été approuvés, la notification se fait par la voie diplomatique.

B. Échange d'informations

128. Afin de déterminer si l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État s'applique, en particulier dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, les tribunaux et les autres organes compétents de l'État du for doivent examiner un certain nombre d'éléments qui ont déjà été analysés dans le sixième rapport²¹³. À cet égard, ils ont besoin d'informations que l'État du for ne possède pas nécessairement ou que ses organes ne peuvent pas obtenir directement, notamment en ce qui concerne la qualité de représentant de la personne sur laquelle doit s'exercer la juridiction, ainsi que la nature des actes commis par cette personne qui font l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part des tribunaux de l'État du for. Ces informations pourront être communiquées d'office par l'État du représentant après réception de la notification visée à la section précédente. Cependant, il peut arriver que l'État du représentant ne communique pas ces informations ou que les informations communiquées soient insuffisantes pour permettre aux tribunaux de l'État du for de prendre une décision motivée sur l'application de l'immunité. Il peut également arriver que l'État du représentant souhaite fournir des informations qu'il juge utiles pour garantir le respect de l'immunité, bien que ces informations n'aient pas été demandées par l'État du for, ou qu'il estime nécessaire d'obtenir des informations complémentaires pour décider s'il y a lieu d'invoquer l'immunité ou d'y renoncer. Dans les deux cas, la possibilité d'échanger des informations entre l'État du for et l'État du représentant constitue également une garantie procédurale qui doit être examinée dans le présent rapport.

129. À cet égard, il est utile de partir de l'analyse des instruments internationaux de coopération et d'entraide judiciaire. En effet, tous prévoient des procédures détaillées relatives à la demande et à l'échange d'informations sur « les enquêtes, les procès et les actes en matière pénale²¹⁴ » entre deux États qui entendent exercer leur compétence pénale. Si chacun de ces instruments présente des particularités le distinguant des autres, tous comportent néanmoins des éléments communs qui revêtent un intérêt pour notre sujet. Ces éléments peuvent être résumés comme suit :

- a) La demande d'entraide peut viser l'obtention d'informations détenues par l'État requis qui sont susceptibles d'intéresser l'État requérant²¹⁵ ;
- b) La demande comporte un certain nombre d'éléments variables, au nombre desquels, de façon générale, l'autorité dont émane la demande, l'objet et le motif de

²¹³ Voir A/CN.4/722, par. 108.

²¹⁴ Convention interaméricaine sur l'entraide judiciaire en matière pénale, art. 2. Dans le même sens, voir Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 1 (« Les Parties s'engagent à s'accorder [...] l'aide la plus large possible dans les enquêtes ou procédures »). Le régime institué par ces instruments repose sur le principe général selon lequel les États s'engagent à « s'accorder mutuellement [...] l'aide judiciaire la plus large possible dans toute procédure visant des infractions dont la répression est [...] de la compétence des autorités judiciaires de la partie requérante » (Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 1). Dans le même sens, voir Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale, art. 1 (« Les États Parties s'engagent à s'entraider »).

²¹⁵ Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 3 ; Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale, art. 7 ; Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise, art. 1, par. 1 et 2 ; Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 1, par. 2.

la demande, une description sommaire des faits sur lesquels la demande est fondée et, dans la mesure du possible, l'identité et la nationalité de la personne en cause²¹⁶ ;

c) La demande et l'échange d'informations peuvent s'effectuer par l'un des moyens suivants : communication directe entre les autorités judiciaires des États concernés²¹⁷ ; communication entre les autorités centrales désignées par ces États²¹⁸ ; communication directe entre les ministres de la justice concernés²¹⁹ ; tout autre moyen de communication expressément fixé par les parties ou établi par l'État requis²²⁰ ;

d) Dans tous les cas, les demandes sont exécutées dans les formes prévues par la législation²²¹ ;

e) L'État requis peut refuser la demande de renseignements dans certaines circonstances, notamment dans les cas ci-après, dont il est fait mention dans tous les instruments : si la demande se rapporte à des infractions politiques ou à des infractions connexes et s'il estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de son pays²²² ; s'il considère que l'enquête a été ouverte dans le but de juger ou de punir, sous quelque forme que ce soit, des personnes ou des groupes de personnes, ou d'appliquer des mesures discriminatoires contre ceux-ci pour des raisons tenant à leur sexe, à leur race, à leur condition sociale, à leur nationalité, à leur religion et à leur appartenance idéologique. Le refus d'entraide est toujours motivé²²³. Quoiqu'il en

²¹⁶ Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 14 ; Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale, art. 26 ; Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise, art. 9 ; Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 5, par. 1.

²¹⁷ Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 15 (voir également l'article 15 modifié par l'article 4 du Deuxième Protocole additionnel à la Convention) ; Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, art. 6, par. 1 ; Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise, art. 7.

²¹⁸ Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale, art. 3 ; Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, art. 6 ; Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise, art. 7 ; Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 3 (la note qui accompagne l'article 3 mentionne la possibilité que les autorités compétentes puissent communiquer directement, à titre de moyen complémentaire).

²¹⁹ Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 15.

²²⁰ Ibid. ; Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, art. 6 ; Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise, art. 7.

²²¹ Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 3, par. 1 ; Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale, art. 10 ; Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise, art. 4 ; Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 6. Pour sa part, la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne prévoit que l'État membre requis « respecte les formalités et les procédures expressément indiquées par l'État membre requérant [...] pour autant que ces formalités et procédures ne soient pas contraires aux principes fondamentaux du droit de l'État membre requis » (art. 4, par. 1).

²²² Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 2 ; Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale, art. 9 ; Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise, art. 3, par. 1 ; Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 4.

²²³ Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 19 ; Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise, art. 3, par. 3 ; Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 4, par. 5.

soit, avant de refuser une demande d'information, l'État requis peut envisager de soumettre l'exécution de cette demande à certaines conditions²²⁴ ;

f) L'État requérant peut demander que la demande soit soumise à des conditions de confidentialité et l'État requis peut également demander que les informations ou les preuves fournies aient un caractère confidentiel²²⁵. Dans les deux cas, l'État requérant et l'État requis doivent se consulter mutuellement si l'un d'entre eux est dans l'impossibilité de se conformer à la condition de confidentialité²²⁶.

130. Bien que les règles susmentionnées s'appliquent généralement aux demandes d'information émanant de l'État qui exerce déjà sa juridiction et ne tiennent pas compte de la question de l'immunité, rien n'interdit de s'y référer pour définir *mutatis mutandis* une procédure susceptible d'être utilisée pour échanger les informations dont l'État du for a besoin pour se prononcer sur l'immunité ou dont l'État du représentant a besoin pour décider s'il y a lieu d'invoquer l'immunité ou d'y renoncer. Toutefois, l'application de ces éléments peut soulever deux questions qui méritent d'être signalées, à savoir les motifs de refus d'une demande d'information et les moyens de communication utilisés pour la demande et la transmission d'information.

131. En ce qui concerne la première question, il convient de souligner que le droit de refuser une demande d'information est prévu par tous les instruments de coopération et d'entraide et qu'aucune raison juridique ne justifie de l'exclure dans le cadre de l'échange d'informations relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. En tout état de cause, il faut garder à l'esprit que, selon les dispositions des instruments analysés, les demandes d'entraide ne peuvent être refusées que pour des motifs expressément spécifiés. Aux fins du présent sujet, la qualification d'infraction politique ou d'infraction connexe des actes visés par l'immunité et la possibilité que la communication des informations demandées porte atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de l'État du représentant présentent un intérêt particulier. Le premier motif ne pourra être invoqué que dans des cas limités, notamment parce que le droit international contemporain²²⁷, y compris les instruments de coopération et d'entraide judiciaire, tend à exclure les crimes de droit international et les autres infractions ayant un caractère ou une portée internationaux du champ des infractions politiques ou des infractions connexes²²⁸. En revanche, le second motif peut avoir une application plus

²²⁴ Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, art. 4, par. 3 ; Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise, art. 32 ; Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 4, par. 4.

²²⁵ Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale, art. 25 ; Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise, art. 5 ; Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 9.

²²⁶ Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale, art. 25 ; Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 9.

²²⁷ Voir les instruments suivants : Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, art. VII ; Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, art. XI ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 8 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 13, par. 1. Une disposition analogue a été insérée au paragraphe 2 de l'article 13 du projet d'articles sur les crimes contre l'humanité adopté en première lecture par la Commission.

²²⁸ Dans les conventions d'extradition, les crimes internationaux sont généralement exclus de la définition des infractions politiques. Ainsi, le premier Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition dispose ce qui suit dans son article premier :

« Ne seront pas considérés comme infractions politiques :

a) les crimes contre l'humanité prévus par la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, adoptée le 9 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies ;

large, surtout si l'on tient compte du fait que, dans le cadre du présent sujet, l'État du représentant peut considérer que les informations demandées ont un caractère « sensible » et pourraient avoir des effets sur certains des éléments susmentionnés. Quoi qu'il en soit, rien n'interdirait dans pareil cas à l'État du représentant de fournir les informations demandées sous réserve de confidentialité.

132. Cela étant, il est évident que l'absence de réponse ou le rejet de la demande d'entraide a des répercussions sur la capacité des tribunaux de l'État du for de se prononcer sur l'immunité de juridiction du représentant. Toutefois, en raison de la nature même de l'institution de l'immunité, on ne peut pas conclure que le simple fait de ne pas accorder l'entraide puisse entraîner une déclaration d'inapplicabilité de l'immunité. Au contraire, une telle déclaration ne pourra être formulée que si l'on retrouve les éléments normatifs énoncés dans les articles 3, 4, 5 et 6 du projet d'articles sous leur forme actuelle, et si, dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, l'État du for entend exercer sa compétence pénale concernant l'un des crimes de droit international énumérés dans le projet d'article 7. Quoiqu'il en soit, l'absence de réponse ou le refus d'entraide serait un motif justifiant la tenue de consultations entre l'État du for et l'État du représentant.

133. En ce qui concerne la seconde question susmentionnée, il convient de rappeler à nouveau que les informations communiquées par l'État du représentant ont pour objet d'aider les autorités compétentes de l'État du for à se prononcer sur l'immunité. En conséquence, il est nécessaire que ces informations soient mises à la disposition des organes judiciaires compétents (ou, s'il y a lieu, du procureur), soit parce qu'il convient de les transmettre directement à ces autorités, soit parce que, dans le cas où elles seraient transmises à l'État du for par tout autre moyen, l'organe destinataire est compétent pour transmettre ces informations aux tribunaux. Ce point nous ramène à la question de la notification, évoquée plus haut. Cependant, il est vrai que dans le cas de l'échange d'informations, les mécanismes de coopération et d'entraide judiciaire en matière pénale permettent de résoudre le problème en désignant les

b) les infractions prévues aux articles 50 de la Convention de Genève de 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 51 de la Convention de Genève de 1949 pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 130 de la Convention de Genève de 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre et 147 de la Convention de Genève de 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre ;

c) toutes violations analogues des lois de la guerre en vigueur lors de l'entrée en application du présent Protocole et des coutumes de la guerre existant à ce moment, qui ne sont pas déjà prévues par les dispositions susvisées des Conventions de Genève. »
 Une liste plus longue figure au paragraphe 2 de l'article 3 de la Convention d'extradition entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise, aux termes duquel ne sont pas considérés comme des infractions politiques : a) les infractions portant atteinte à la vie de responsables d'organes de souveraineté, de titulaires de hautes fonctions politiques ou de personnes devant bénéficier d'une protection spéciale au titre du droit international ; b) les actes de piraterie aérienne ou maritime ; c) les actes qui ont été exclus de la catégorie d'infraction politique par les conventions internationales auxquelles l'État requis est partie ; d) le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et les infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 ; e) les actes visés dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1984. En outre, le paragraphe 1 b) du même article dispose que le simple affirmation qu'un acte répond à une finalité ou à un motif politique ne suffit pas à en faire une infraction politique.

Par ailleurs, on trouve une définition plus générale de l'exception pour infraction politique dans le Traité type d'extradition, qui dispose ce qui suit à l'alinéa a) de son article 3 : « Ne seront pas considérées comme des infractions politiques les infractions au sujet desquelles les Parties sont tenues, aux termes d'une convention multilatérale, d'engager des poursuites lorsqu'elles n'accordent pas l'extradition, pas plus que les infractions dont les Parties seront convenues qu'elles ne sont pas des infractions politiques aux fins d'extradition. »

organes compétents pour formuler des demandes d'information, lesquels devront à leur tour transmettre la demande s'il y a lieu aux organes compétents. Il convient de noter en particulier les dispositions de l'article 18 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, aux termes duquel :

Si l'autorité saisie d'une demande d'entraide est incompétente pour y donner suite, elle transmettra d'office cette demande à l'autorité compétente de son pays et, dans le cas où la demande a été adressée par la voie directe, elle en informera par la même voie la partie requérante.

En tout état de cause, ce problème devra être pris en compte dans le cadre de la rédaction du projet d'article ci-après.

134. Pour conclure l'examen de cette question, il convient de souligner que, dans le contexte du présent rapport, la participation de l'État du représentant à cette procédure d'échange d'informations ne peut en aucun cas être interprétée comme une reconnaissance de la compétence des tribunaux de l'État du for ou comme une renonciation tacite à l'immunité de juridiction pénale du représentant.

135. Compte tenu des considérations qui précèdent, le projet d'article ci-après est proposé :

Projet d'article 13 **Échange d'informations**

1. L'État du for peut demander à l'État du représentant les informations qui lui paraissent utiles pour se prononcer sur l'application de l'immunité.
2. Les demandes d'information se font conformément aux procédures prévues dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales auxquels les deux États sont parties ou suivant toute autre procédure convenue d'un commun accord. S'il n'existe pas de procédure applicable, les informations peuvent être demandées par la voie diplomatique.
3. Si les informations ne sont pas communiquées directement aux organes judiciaires compétents pour se prononcer sur l'immunité, les autorités de l'État du for qui les ont reçues les transmettent aux juridictions compétentes conformément à leur droit interne. À cette fin, les États envisagent de prévoir dans leur droit interne les procédures nécessaires pour faciliter la communication des informations.
4. L'État du représentant peut refuser la demande d'information s'il considère que celle-ci porte atteinte à sa souveraineté, à l'ordre public, à la sécurité ou à des intérêts publics essentiels. Avant de refuser la demande d'information, l'État du représentant envisage de soumettre la communication d'informations à certaines conditions.
5. Les informations reçues sont, le cas échéant, soumises aux conditions de confidentialité fixées par l'État du représentant, qui doivent être remplies dans le respect des dispositions prévues dans les traités d'entraide sur lesquels se fondent la demande et la communication d'informations, ou, à défaut, aux conditions fixées par l'État du représentant au moment de la fourniture des informations.
6. Le refus de l'État du représentant de communiquer les informations demandées ne peut pas être considéré comme un motif suffisant pour déclarer que l'immunité de juridiction ne s'applique pas.

C. Transfert des procédures pénales

136. Suivant le raisonnement de la Cour internationale de Justice en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, l'immunité de juridiction pénale étrangère

interdit aux juridictions de l'État du for d'exercer leur compétence à l'égard du représentant étranger qui en bénéficie mais n'empêche pas les juridictions de l'État dont il ressort d'examiner sa responsabilité pénale²²⁹. De ce point de vue, le transfert de la procédure à l'État du représentant est un moyen procédural permettant d'assurer l'équilibre entre le respect de l'égalité souveraine de l'État du représentant, le respect du droit de l'État du for d'exercer sa compétence pénale et la garantie que le représentant sera tenu de répondre des infractions qui peuvent lui être reprochées, ce dernier point étant d'une importance cruciale dans le cas des crimes internationaux.

137. Le transfert de la procédure pénale est possible dans les cas où les juridictions pénales de deux États sont en principe compétentes pour poursuivre les mêmes faits imputés au même auteur. Dans ce cadre, l'État qui envisage d'exercer sa compétence, ou qui le fait déjà, peut demander à un autre État compétent d'exercer sa juridiction, à la lumière des circonstances particulières de l'affaire et dans l'intérêt de la bonne administration de la justice. Bien que chaque État soit libre de demander, de proposer ou d'accepter le transfert de la procédure, cette institution procédurale permet de déterminer, en cas de compétences concurrentes, quel État est le mieux placé pour exercer sa compétence.

138. Le transfert de procédure ne peut donc fonctionner que dans le cadre de la coopération et de l'entraide judiciaires internationales et est prévu à ce titre de façon indirecte dans plusieurs conventions relatives à ces questions²³⁰. Cependant, l'adoption de normes ad hoc témoigne de la spécificité de ce dispositif. Ainsi, on peut citer la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, adoptée en 1972 dans le cadre du Conseil de l'Europe, et le Traité type sur le transfert des poursuites pénales, adopté en 1990 par l'Assemblée générale des Nations Unies²³¹. En 2009, une initiative a été présentée au sein de l'Union européenne en vue de faire adopter au Conseil une décision-cadre relative à la transmission des procédures pénales²³². Cette proposition, qui n'a finalement pas été adoptée, visait à compléter la décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales, en créant dans le cadre de l'Union européenne un système commun de transfert de procédures fondé sur la Convention du Conseil de l'Europe.

139. Les deux premiers instruments internationaux définissent précisément les divers éléments propres au transfert des procédures pénales, notamment les circonstances l'autorisant, les critères à examiner pour le demander, le proposer, l'accepter ou le refuser, la forme que doit prendre la communication entre les États intéressés, les effets de la demande et de l'acceptation du transfert, le droit applicable et la participation à la procédure de la personne visée par le transfert. L'un et l'autre instruments ne régissent pas les mêmes éléments, dont certains sont sans intérêt dans le cadre du présent rapport. Cependant, on trouve dans les deux textes des éléments

²²⁹ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, (voir *supra* note 123), par. 61.

²³⁰ Telle est notamment l'interprétation retenue à l'article 21 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, qui porte sur la dénonciation aux fins de poursuites.

²³¹ Adoptée le 15 mai 1972 et entrée en vigueur le 30 mars 1978, la Convention est ouverte aussi bien aux États membres du Conseil de l'Europe qu'aux États non membres. À ce jour, le texte a été ratifié par 25 États, tous membres du Conseil de l'Europe.

²³² Voir Initiative du Royaume de Belgique, de la République de Bulgarie, de la République tchèque, du Royaume de Danemark, de la République d'Estonie, de la République hellénique, du Royaume d'Espagne, de la République française, de la République de Lituanie, de la République de Lettonie, de la République de Hongrie, du Royaume des Pays-Bas, de la Roumanie, de la République de Slovénie, de la République slovaque et du Royaume de Suède en vue de l'adoption d'une décision-cadre 2009/.../JAI du Conseil du ... relative à la transmission des procédures pénales, *Journal officiel de l'Union européenne* C 219, 12 septembre 2009.

généraux qui donnent des indications quant à la façon dont le transfert de la procédure pénale peut faire office de garantie procédurale dans le cadre de l'immunité de la juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

140. Les éléments communs aux deux textes qui présentent un intérêt pour le présent rapport peuvent se résumer comme suit :

a) Tout État qui a compétence pour exercer sa juridiction peut demander le transfert de la procédure pénale à tout autre État également compétent²³³ ;

b) L'État requérant apprécie, dans le cas d'espèce, s'il est possible et opportun de transférer la procédure pénale²³⁴. À cette fin, il peut notamment prendre en considération les raisons suivantes : i) le fait que le prévenu est un ressortissant de l'État requis ou y a sa résidence ; ii) le fait que le transfert est justifié par l'intérêt de la découverte de la vérité et, notamment, que les éléments de preuve les plus importants se trouvent dans l'État requis ; iii) le fait que la présence du prévenu ne peut être assurée à l'audience dans l'État requérant alors qu'elle peut l'être à l'audience dans l'État requis ; iv) le fait qu'il n'est pas en mesure d'exécuter lui-même une éventuelle condamnation, même en ayant recours à l'extradition, au contraire de l'État requis²³⁵ ;

c) L'État requis examine la demande²³⁶ et peut la refuser dans certains cas, notamment : i) si l'infraction est considérée comme ayant un caractère politique ; ii) s'il y a des raisons sérieuses de croire que la demande de poursuite est motivée par des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques ; iii) si la poursuite est contraire aux engagements internationaux de l'État requis ; iv) si la poursuite est contraire aux principes fondamentaux de l'ordre juridique de l'État requis²³⁷ ;

d) Le transfert de la procédure pénale doit toujours se faire avec le consentement des États intéressés, dans le respect du principe de double incrimination et dans l'intérêt de la bonne administration de la justice²³⁸ ;

e) La demande de transfert a pour effet immédiat l'obligation, pour l'État requérant, de suspendre les poursuites intentées devant ses juridictions et autorités compétentes jusqu'à ce que l'État requis lui fasse part de sa décision sur la demande de poursuite²³⁹ ;

f) Les actes de poursuite de l'État requis sont régis par sa législation²⁴⁰ ;

g) Si l'État requis n'est pas en mesure de donner suite à la demande ou doit révoquer son acceptation, l'État requérant reprend son droit d'exercer sa propre juridiction²⁴¹ ;

²³³ Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, art. 3 ; Traité type sur le transfert des poursuites pénales, art. 1.

²³⁴ Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, art. 6.

²³⁵ Ibid., art. 8, par. 1, al. e), g) et h).

²³⁶ Ibid., art. 9 ; Traité type sur le transfert des poursuites pénales, art. 5.

²³⁷ Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, art. 11 ; Traité type sur le transfert des poursuites pénales, art. 7.

²³⁸ Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, art. 7 ; Traité type sur le transfert des poursuites pénales, art. 6.

²³⁹ Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, art. 21, par. 1 ; Traité type sur le transfert des poursuites pénales, art. 10.

²⁴⁰ Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, art. 25 ; Traité type sur le transfert des poursuites pénales, art. 11, par. 1.

²⁴¹ Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, art. 21, par. 2.

h) La demande est transmise par la voie diplomatique entre les ministères de la justice ou toutes autres autorités désignées par les États intéressés²⁴².

141. Comme il ressort des règles générales qui viennent d'être résumées, le transfert des procédures pénales repose sur le principe de la compétence subsidiaire, qui existe dans d'autres domaines de la coopération judiciaire internationale en matière pénale et qui, sous la forme de la complémentarité, régit également la répartition des compétences entre la Cour pénale internationale et les juridictions nationales. Ce système de compétence subsidiaire peut être transposé tel quel au régime de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Ce système consiste à « neutraliser » une juridiction pénale compétente (celle de l'État du for) en raison de la présence d'un élément d'extranéité (le représentant) bénéficiant d'une protection spéciale pour lui permettre d'exercer ses fonctions sans entrave et pour respecter le droit d'égalité souveraine d'un autre État (l'État du représentant), c'est-à-dire, en l'occurrence, le droit de cet État à ce que la question de la responsabilité pénale du représentant soit examinée par ses propres juridictions. De ce point de vue, l'immunité de juridiction pénale étrangère du représentant de l'État demeure intacte si les juridictions de l'État du for concluent, au moment où elles l'examinent ou ultérieurement, qu'il n'est pas possible ou opportun pour elles d'exercer leur compétence à l'égard dudit représentant et enclenchent la procédure de transfert à l'État du représentant.

142. Il est vrai qu'à l'origine, ce dispositif a été conçu pour être appliqué dans le contexte ordinaire de l'exercice de compétences pénales concurrentes et non dans une situation extraordinaire découlant de l'invocation de l'immunité de juridiction pénale étrangère du suspect. À cet égard, il faut garder à l'esprit que, dans la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, on trouve, entre autres motifs de refus d'une demande de transfert, les « engagements internationaux » de l'État requis, parmi lesquels le rapport explicatif de la Convention cite l'immunité diplomatique²⁴³. Toutefois, cette exigence n'exclut pas la possibilité de recourir au transfert de la procédure pénale à titre de garantie procédurale dans le cadre de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, et ce, pour deux raisons en particulier. Tout d'abord, parce que l'exigence susmentionnée s'applique logiquement à toute demande visant à transférer une procédure engagée contre le représentant d'un État tiers se trouvant sur le territoire de l'État requis et bénéficiant de l'immunité diplomatique. Ensuite, parce qu'en cas d'immunité de juridiction pénale étrangère, le transfert de la procédure reviendrait, en tout état de cause, à reconnaître la primauté de la compétence de l'État du représentant. Ce dernier s'en trouverait dès lors avantagé, en ce qu'il reviendrait à ses propres juridictions de se prononcer sur l'éventuelle responsabilité pénale de son représentant.

143. Le transfert de la procédure pénale s'appliquerait difficilement dans le cas de l'immunité *ratione personae*, sachant que les juridictions de l'État du for ne disposent pratiquement d'aucun pouvoir d'appréciation pour établir l'immunité de juridiction pénale du chef de l'État, du chef du gouvernement ou du ministre des affaires étrangères en exercice. En revanche, il pourrait être utilisé dans le cas où la question de l'immunité *ratione materiae* se pose, les juridictions nationales devant alors examiner les trois éléments normatifs qui définissent cette forme d'immunité. Or, c'est précisément dans ce contexte qu'elles pourraient apprécier, à la lumière des informations disponibles et des circonstances de l'espèce, s'il est possible et opportun de transférer la procédure pénale à l'État du représentant.

²⁴² Traité type sur le transfert des poursuites pénales, art. 11, par. 1.

²⁴³ Voir *Rapport explicatif de la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives* (STE-073), commentaire de l'article 11, alinéa i), p. 2.

144. Cependant, il ne fait aucun doute que le transfert de la procédure pénale remplit pleinement son rôle de garantie procédurale dans les cas où les juridictions de l'État du for estiment que l'immunité *ratione materiae* n'est pas applicable, soit parce que les faits reprochés ne sont pas considérés comme des actes accomplis à titre officiel, soit parce qu'ils relèvent de l'un des crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas conformément à ce que prévoit le projet d'article 7 adopté à titre provisoire par la Commission. Dans ces circonstances, instituer le transfert de la procédure pénale comme modèle de coopération entre l'État du for et l'État du représentant permettrait de se prémunir de toute accusation d'abus de compétence éventuel ou d'instrumentalisation de la compétence pénale de l'État du for à des fins politiques. De toute évidence, un tel système contribuerait à la fois à combattre l'impunité des crimes internationaux les plus graves et à renforcer le principe d'égalité souveraine de l'État. À cet égard, il convient de souligner que les instruments analysés autorisent l'État requis à refuser la demande de transfert s'il estime que les faits visés constituent une infraction politique ou une infraction connexe, par exemple parce qu'ils ont été accomplis par le représentant en cette qualité et dans l'exercice de ses fonctions officielles, du moins en apparence. Toutefois, il demeurerait possible, même en pareille situation, de recourir au mécanisme du transfert des procédures pénales, puisque, comme expliqué plus haut, le droit international contemporain tend clairement à écarter les crimes énumérés dans le projet d'article 7 du champ des infractions politiques et des infractions connexes²⁴⁴.

145. S'agissant de la question du transfert de la procédure pénale, il est utile d'analyser l'arrêt du 10 mai 2018 rendu par la cour d'appel de Lisbonne dans une affaire de corruption mettant en cause un ancien vice-président angolais²⁴⁵. La cour s'est d'abord prononcée sur la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère opposée par le mis en cause et a établi une nette distinction entre l'immunité de juridiction *ratione personae* et l'immunité de juridiction *ratione materiae*. Elle a retenu que, si le représentant angolais avait bien joui de l'immunité *ratione personae*, ses fonctions de vice-président lui donnant un statut comparable à celui de chef de l'État ou de chef de gouvernement, son mandat était terminé au moment où elle examinait la question de l'immunité. Par conséquent, s'agissant des actes qu'il aurait accomplis à titre officiel lorsqu'il était vice-président, le prévenu n'aurait guère pu bénéficier que de l'immunité *ratione materiae*. Cependant, les actes de corruption ne pouvant être qualifiés d'« actes accomplis à titre officiel », la cour a jugé que l'ancien représentant angolais ne pouvait pas non plus se voir accorder l'immunité *ratione materiae* et s'est dès lors déclarée compétente pour exercer sa juridiction pénale²⁴⁶.

²⁴⁴ Voir *supra*, chapitre III, section B.

²⁴⁵ Affaire 333/14.9TELSB-U.L1-9, disponible à l'adresse suivante : www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/88e2a666e33779ce802582b8003567f3?OpenDocument.

²⁴⁶ En ce qui concerne les actes pouvant être qualifiés d'actes de corruption, la cour d'appel de Lisbonne a affirmé que ceux visés en l'affaire 333/14.9TELSB, pour lesquels l'appelant cherchait à faire valoir son impunité devant la juridiction portugaise, avaient un caractère privé. Il ne les avait pas accomplis au nom, dans l'intérêt ou sur instruction de l'État angolais, ni dans l'exercice des fonctions d'agent ou de représentant de l'État angolais, ni pendant son mandat de vice-président de la République. Il avait commis ces faits dans son intérêt personnel et avant de prendre les fonctions de vice-président de la République d'Angola.

Par conséquent, il ne pouvait jouir de l'immunité *ratione materiae* devant la juridiction portugaise, les actes qui lui étaient reprochés ayant été accomplis dans son propre intérêt. L'immunité *ratione personae* ne pouvait pas lui être accordée non plus, cette forme d'immunité n'étant opposable que pendant la période durant laquelle il avait exercé les fonctions de vice-président de la République d'Angola, à savoir du 26 septembre 2012 au 26 septembre 2017. La Cour a ajouté qu'en tout état de cause, l'immunité *ratione personae* n'aurait pas été violée, les poursuites engagées au Portugal n'ayant pas pu faire et n'ayant d'ailleurs pas fait obstacle à l'exercice indépendant et effectif des fonctions de vice-président. En outre, il convient de

146. Ce faisant, la cour d'appel de Lisbonne a pu statuer sur la deuxième prétention du prévenu, qui demandait que sa cause soit disjointe du reste de la procédure engagée devant les tribunaux portugais et transmise aux juridictions angolaises en vertu du dispositif de transfert de procédure prévu dans le Code de procédure pénale portugais. À cet égard, la cour a tenu compte de plusieurs circonstances, notamment les difficultés liées au déclenchement des systèmes de coopération et d'entraide entre le Portugal et l'Angola (en particulier l'impossibilité d'obtenir l'extradition de l'ancien vice-président angolais, qui continuait de jouir d'une immunité résiduelle dans son pays), l'incertitude quant à la possibilité de mener à bien le procès au Portugal, et l'intérêt manifesté par le prévenu de voir la procédure se poursuivre en Angola en vue de faciliter sa réhabilitation. À la lumière de ces éléments, la cour a jugé que les exigences de la bonne administration de la justice et l'intérêt manifesté par le prévenu justifiaient le transfert de la procédure pénale aux juridictions angolaises, appliquant ainsi le principe de la subsidiarité évoqué précédemment.

147. La cour d'appel de Lisbonne a ainsi adopté une solution qui, conformément au droit portugais, lui a permis de trouver un équilibre entre, d'une part, la poursuite de faits qui ne sont pas couverts par l'immunité et dont le représentant étranger doit répondre et, d'autre part, la reconnaissance d'une certaine primauté aux juridictions de l'État du représentant, jugées plus à même d'engager les poursuites. Il convient cependant de souligner que la cour portugaise ne s'est pas prononcée sur les conséquences susceptibles de se produire si les juridictions angolaises se trouvaient incapables d'exercer leur compétence à l'égard de l'ancien vice-président ou décidaient de ne pas le faire. D'autant que le prévenu jouit d'une immunité résiduelle d'une durée de cinq ans après l'expiration de son mandat devant la justice angolaise et qu'il pourrait éventuellement bénéficier d'une loi d'amnistie en vigueur dans le pays. Bien que le tribunal de première instance ait invoqué ces éléments pour rejeter la demande de transmission de la procédure, la cour d'appel, qui les a également examinés, a estimé pour sa part qu'ils ne suffisaient pas à interdire le transfert, sachant que les normes susmentionnées avaient été adoptées par l'Angola dans l'exercice de sa souveraineté et qu'on ne pouvait par ailleurs guère conclure que la loi d'amnistie s'appliquerait nécessairement à l'ancien représentant angolais et que ces éléments entravaient en eux-mêmes la bonne administration de la justice.

148. En dépit des doutes que peut susciter ce dernier point, cet arrêt n'en reste pas moins un bon exemple de la manière dont le transfert de la procédure pénale peut être utilisé dans le cadre de l'immunité de juridiction pénale étrangère, que ce soit dans les cas où les juridictions de l'État du for jugent que l'immunité s'applique ou encore dans les cas où elles la rejettent et se déclarent expressément compétentes. Bien que la cour portugaise ait recouru à ce dispositif à la demande du représentant, en application du droit portugais, rien n'interdit, de manière générale et sous réserve de dispositions internes plus spécifiques, de transmettre la procédure pénale sur proposition de l'État du for ou à la demande de l'État du représentant.

149. À cet égard, on trouve dans les instruments internationaux analysés plus haut des éléments utiles aux fins de l'établissement d'un mécanisme de transfert des procédures pénales, qui pourrait être utilisé de manière générale dans les cas où se pose la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Parallèlement, le système de complémentarité consacré dans le Statut de Rome présente également une série d'éléments qui peuvent être pris en considération dans l'élaboration de ce mécanisme, en particulier ceux qui ont trait aux circonstances dont doit tenir compte la Cour pénale internationale pour renoncer à exercer sa compétence

souligner que l'arrêt établit une différence claire entre l'immunité de droit international et l'immunité reconnue en vertu du droit interne.

au profit d'une juridiction nationale compétente et à la possibilité de revenir sur cette décision.

150. Il convient de rappeler à cet égard que le Statut de Rome dispose que l'État qui s'estime compétent peut exercer sa juridiction dans trois cas de figure différents, à envisager dans l'ordre suivant : a) leur juridiction nationale s'est déjà prononcée sur l'affaire ; b) une enquête a déjà été ouverte concernant les mêmes faits et est susceptible de conduire à des poursuites pénales ; c) l'État est disposé à ouvrir une enquête susceptible de conduire à des poursuites pénales. En tout état de cause, si elle décide de renoncer à l'exercice de sa compétence, la Cour conserve le pouvoir de révoquer cette décision et de reprendre l'exercice de sa compétence si les juridictions nationales de l'État n'exercent finalement pas la leur ou le font d'une manière incompatible avec les principes de justice énoncés dans le Statut de Rome²⁴⁷. Dans ce cas de figure, un certain poids est accordé au comportement de l'État qui se déclare compétent et à sa volonté de poursuivre les faits.

151. Compte tenu de ce qui précède, la Commission pourra juger utile de définir un système de transfert de la procédure pénale à l'État du représentant dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère. À cette fin, le projet d'article ci-après est proposé :

Projet d'article 14

Transfert de la procédure pénale à l'État du représentant

1. Les autorités de l'État du for peuvent renoncer à exercer leur compétence au profit de l'État du représentant, auquel elles transfèrent la procédure pénale engagée ou envisagée contre le représentant.
2. Une fois le transfert demandé, l'État du for suspend la procédure pénale jusqu'à ce que l'État du représentant se soit prononcé sur la demande.
3. Le transfert de la procédure à l'État du représentant se fait conformément aux dispositions prévues dans la législation de l'État du for et dans les conventions de coopération et d'entraide judiciaire internationales auxquelles l'État du for et l'État du représentant sont parties.

D. Consultations

152. Le principe des consultations entre les États intéressés est envisagé dans la quasi-totalité des instruments internationaux relatifs à la coopération et à l'entraide judiciaires. Les consultations peuvent figurer parmi les modalités d'entraide prévues dans le traité ou servir de mécanisme de règlement des problèmes et des difficultés susceptibles de s'élever dans l'application du système général de coopération et d'entraide. Dans le premier cas, on peut mentionner les consultations menées dans le cadre de l'échange d'informations évoqué plus haut. Dans le second, il convient de se référer à l'article 18 de la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise, qui prévoit la tenue de consultations entre États contractants en cas de doutes quant à l'application de ladite Convention. On retrouve une formulation similaire dans le Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, dont l'article 21 prévoit ce qui suit :

Les Parties se concerteront rapidement à l'initiative de l'une ou de l'autre touchant l'interprétation, l'application ou l'exécution du présent Traité, soit en général, soit relativement à un cas particulier.

²⁴⁷ Art. 17 à 20.

153. Dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, il peut également s'avérer utile pour l'État du for et l'État du représentant de se consulter afin de respecter les garanties procédurales, en particulier pour ce qui est des trois points suivants : a) mieux connaître leur position respective concernant l'immunité du représentant ; b) échanger des informations, de façon officielle et officieuse ; c) rechercher une solution consensuelle aux problèmes découlant de l'application des garanties procédurales analysées précédemment et, plus généralement, de l'appréciation et de l'application de l'immunité du représentant dans un cas d'espèce.

154. Les consultations offrent une certaine souplesse et présentent l'avantage d'être relativement informelles. Il est ainsi possible de les utiliser comme un mécanisme subsidiaire ou complémentaire s'agissant des garanties procédurales analysées précédemment. En outre, les consultations ne se limitant pas nécessairement à celles tenues entre les organes compétents pour apprécier ou appliquer l'immunité, rien n'interdit la tenue de consultations par la voie diplomatique qui, comme l'ont souligné certains États, est le moyen généralement utilisé dans le cas de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

155. Compte tenu de ce qui précède, il est proposé d'inclure dans les projets d'article une disposition générale sur les consultations conçue en termes larges. À cette fin, le projet d'article ci-après est proposé :

Projet d'article 15 **Consultations**

L'État du for et l'État du représentant se consultent, à l'initiative de l'un ou de l'autre, sur les questions relatives à l'appréciation de l'immunité du représentant étranger, conformément aux dispositions du présent projet d'article.

Chapitre IV **Droits et garanties de procédure du représentant**

156. Comme on l'a déjà indiqué dans le sixième rapport²⁴⁸, l'examen des aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État doit aussi porter sur les droits et les garanties de procédure du représentant, sachant que tout exercice de la juridiction pénale à l'égard de ce dernier emporte des conséquences pour ses droits et que tout représentant visé par l'exercice de la compétence pénale d'un autre État jouit évidemment, comme tout autre individu, des droits et garanties de procédure reconnus par le droit international, parmi lesquels figure le droit à un « procès équitable et impartial ». En outre, à l'occasion des débats tenus à la Commission du droit international et à la Sixième Commission, en particulier sur les exceptions à l'immunité, d'importantes préoccupations ont été formulées au sujet des effets que l'exercice de la compétence à l'égard d'un représentant étranger pouvait avoir sur le respect du droit à une procédure régulière, tant du point de vue particulier du respect des droits et garanties de procédure du représentant étranger dans un cas d'espèce que du point de vue général de l'existence d'un régime de protection des droits et garanties de procédure de l'accusé dans l'ordre juridique de l'État qui entend exercer sa juridiction.

157. À l'occasion des consultations informelles tenues en 2017 sur les aspects procéduraux de l'immunité, la Commission a brièvement débattu de l'opportunité d'inclure cette question dans l'examen du présent sujet. Cette possibilité a néanmoins

²⁴⁸ Voir [A/CN.4/722](#), par. 41.

été écartée malgré l'appui formulé par plusieurs membres. Lors du débat tenu à la Sixième Commission en 2018, quelques États s'y sont pour leur part déclarés favorables²⁴⁹ et un seul s'y est opposé²⁵⁰. La Rapporteuse spéciale est d'avis qu'il reste utile d'analyser les droits et les garanties de procédure reconnus au représentant dans le cadre de l'examen des aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, de façon à achever ainsi l'étude des aspects et des garanties de procédure applicables à cette forme d'immunité.

158. L'examen de ce point doit nécessairement inclure la question de la délimitation des droits et garanties de procédure dont doit bénéficier le représentant étranger, mais aussi d'autres questions se rapprochant davantage de la coopération entre l'État du for et l'État du représentant, telles que la capacité de l'État du for d'assurer le respect du droit à un procès équitable et des droits de la défense ; la possibilité pour l'État du représentant qui renonce à l'immunité de fixer des conditions quant à la peine à infliger ; la possibilité d'envisager des dérogations au principe de la publicité des procédures pénales, en particulier par l'application de règles de confidentialité spéciales dans le cas de certains procès en vue de préserver les intérêts fondamentaux de l'État du représentant en matière de souveraineté ou de sécurité nationale, ainsi que de règles spéciales concernant les informations et les preuves présentées par l'État à titre confidentiel. Certains des aspects liés à la coopération ont déjà été analysés plus haut²⁵¹. Le présent chapitre sera donc essentiellement consacré à la portée des droits et garanties de procédure au sens strict. Par ailleurs, la démarche employée précédemment par la Commission pour examiner ce type de questions sera analysée afin de déterminer si elle peut être suivie ici.

A. Portée et contenu des droits et des garanties de procédure

159. Comme il est communément admis, les garanties du procès équitable et les droits de la défense constituent un ensemble de normes et de principes bien établis en droit international contemporain, qui ont été définis essentiellement dans le cadre du droit international des droits de l'homme mais aussi dans celui du droit pénal international et du droit international humanitaire. De ces normes se dégage un « droit à une procédure régulière », clef de voûte des droits et des garanties de procédure du représentant étranger dans le contexte du présent sujet. S'y ajoutent les dispositions touchant au droit à la liberté individuelle qui sont pertinentes aux fins de l'examen du présent sujet, en particulier pour ce qui est des actes relatifs à la détention analysés dans le sixième rapport²⁵².

160. Les droits et garanties de procédure trouvent leur consécration normative universelle dans le Pacte international des droits civils et politiques de 1966²⁵³, en particulier en ses articles 9 (droit à la liberté et la sécurité de la personne), 14 (droit à un procès équitable) et 15 (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). On trouve des garanties analogues aux articles 5 (droit à la liberté et à la sûreté), 6 (droit à un procès équitable), 7 (pas de peine sans loi), 13 (droit à un recours effectif) et 14 (interdiction de discrimination) de la Convention européenne des droits de l'homme²⁵⁴ de 1950 ; aux articles 3, 7, 8, 9, 10, 24 et 25 de la Convention américaine relative aux droits de

²⁴⁹ Irlande, Israël, Suisse et Suède (au nom des pays nordiques).

²⁵⁰ Chine.

²⁵¹ Voir *supra*, chapitre III.

²⁵² Voir A/CN.4/722, par. 69 à 79.

²⁵³ Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966), *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 999, n° 14668, p. 171.

²⁵⁴ Convention européenne des droits de l'homme (Rome, 4 novembre 1950), *ibid.*, vol. 213, n° 2889, p. 221.

l'homme (Pacte de San José)²⁵⁵ de 1969 ; aux articles 3, 6, 7 et 26 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples²⁵⁶ de 1981 ; aux articles 12 à 16, 19 et 22 de la Charte arabe des droits de l'homme²⁵⁷. On constate donc qu'il s'agit de principes largement reconnus par la communauté internationale, tant au niveau universel qu'au niveau régional.

161. De la même manière, conformément aux règles du droit international humanitaire, en temps de conflit armé international, les membres des forces armées d'un État qui ont été faits prisonniers de guerre ne peuvent faire l'objet de poursuites pénales au simple motif qu'ils ont pris part aux hostilités²⁵⁸. S'ils ne jouissent pas de l'immunité de juridiction qui les protégerait de toutes poursuites pénales, ils bénéficient néanmoins d'un minimum de protection dérivée des garanties prévues aux articles 99 à 108 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (III^e Convention)²⁵⁹. Les non-combattants visés par une procédure judiciaire et considérés comme des personnes protégées au sens de l'article 4 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (IV^e Convention)²⁶⁰ bénéficient des garanties prévues par cette dernière, en particulier dans le passage introductif des articles 37 et 38 et aux articles 64 à 77, qui s'appliquent respectivement au territoire de l'État concerné et aux territoires occupés. En outre, l'article 75 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)²⁶¹ prévoit des garanties pertinentes, qui, aujourd'hui, s'appliquent aussi aux personnes qui ne sont pas protégées par l'article 4 de la IV^e Convention de Genève. Dans le contexte des conflits armés non internationaux, les personnes visées par une procédure judiciaire sont protégées par les garanties prévues à l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève et à l'article 6 du Protocole additionnel relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)²⁶². Les dispositions du droit international humanitaire ne sont en aucune circonstance susceptibles de dérogation²⁶³. Il convient enfin de signaler que, de l'avis de quelques auteurs au moins, même en situation de conflit armé, le droit des droits de l'homme doit être considéré comme *lex specialis* pour ce qui est des questions de procédures et de garanties judiciaires²⁶⁴.

²⁵⁵ Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José » (San José, 22 novembre 1969), *ibid.*, vol. 1144, n° 17955, p. 123.

²⁵⁶ Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981), *ibid.*, vol. 1520, n° 26363, p. 217.

²⁵⁷ [ST/HR/CHR/NONE/2004/40/Rev.1. Voir également *Boston University International Law Journal*, vol. 24, n° 2, deuxième trimestre de 2006, p. 147.

²⁵⁸ J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *Le droit international humanitaire coutumier*, vol. I : *Règles*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 2007, p. 437.

²⁵⁹ Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (Genève, 12 août 1949), *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 75, n° 972, p. 135.

²⁶⁰ Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Genève, 12 août 1949), *ibid.*, n° 973, p. 287.

²⁶¹ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Genève, 8 juin 1977), *ibid.*, vol. 1125, n° 17512, p. 3.

²⁶² Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Genève, 8 juin 1977), *ibid.*, vol. 1125, n° 17513, p. 609.

²⁶³ Voir Comité des droits de l'homme, observation générale n° 29 (2001) relative aux états d'urgence, (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11), par. 15 ; observation générale n° 32 (2007) relative au droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable (CCPR/C/GC/32), par. 11.

²⁶⁴ Voir, par exemple, M. Sassòli, A. A. Bouvier et A. Quintin, *Un droit dans la guerre ?*, vol. I, *Présentation du droit international humanitaire*, 3^e éd., Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 2011, partie I, chap. 12 et 14.

162. L'obligation de respecter le droit à un procès équitable et de reconnaître les droits de la défense à toute personne faisant l'objet de poursuites pénales est également prévue en droit pénal international. À cet égard, on se bornera ici à mentionner les articles 55 (droits des personnes dans le cadre d'une enquête), 66 (présomption d'innocence) et 67 (droits de l'accusé) du Statut de Rome, qui reprennent tous des principes aujourd'hui largement reconnus en droit international contemporain. Il convient d'ajouter que ces principes comptent d'ailleurs parmi les critères sur lesquels doit se fonder la Cour pénale internationale pour décider de recourir ou non au principe de complémentarité (art. 17, par. 2) et d'exercer sa compétence, y compris dans le cas où un tribunal pénal national s'est déjà prononcé sur l'affaire [art. 20, par. 3 b)].

163. Les divers organes internationaux de protection des droits de l'homme, tels que la Cour européenne des droits de l'homme²⁶⁵ et la Cour interaméricaine des droits de l'homme²⁶⁶, soulignent invariablement l'importance des droits et des garanties de procédure. La Cour européenne des droits de l'homme a mis en lumière à de multiples reprises la place éminente que les garanties judiciaires (droit à un procès équitable) occupent dans une société démocratique²⁶⁷. Pour la citer, cette garantie « compte parmi les principes fondamentaux de toute société démocratique »²⁶⁸, même si elle peut faire l'objet de restrictions dans de très exceptionnelles circonstances²⁶⁹. De son côté, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a indiqué que l'article 8 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (Garanties judiciaires) ne s'appliquait pas seulement aux recours judiciaires au sens strict mais également à l'ensemble des conditions devant être respectées au cours de la procédure pour que l'on puisse effectivement parler de « garanties judiciaires » au sens de la Convention²⁷⁰. Elle a ajouté que ledit article reconnaissait le « droit à une procédure régulière », qui recouvre les conditions à remplir pour garantir la protection des personnes dont les droits et obligations font l'objet d'un examen judiciaire²⁷¹. La notion de procédure régulière consacrée à l'article 8 de la Convention s'entend, pour

²⁶⁵ Voir notamment les arrêts rendus en l'affaire *Yakuba c. Ukraine*, n° 1452/09, 12 février 2019 ; en l'affaire *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* [GC], n° 5809/08, 21 juin 2016 ; en l'affaire *Beuze c. Belgique* [GC], n° 71409/10, 9 novembre 2018 ; en l'affaire *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, nos 55391/13, 57728/13 et 74041/13, 6 novembre 2018. Concernant l'article 6 de la Convention, on trouve un aperçu général de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans le *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2014. Pour une version actualisée, voir *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2018. Voir également D. Vitkauskas et G. Dikov, *La protection du droit à un procès équitable par la Convention européenne des droits de l'homme*, Série des précis sur les droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2012.

²⁶⁶ Voir les affaires *Tribunal Constitucional vs. Perú*, arrêt (fond, réparations, frais et dépens), 31 janvier 2001, Série C, n° 71 ; *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, avis consultatif OC-9/87 du 6 octobre 1987, Série A n° 9, par. 27 ; *Ivcher Bronstein vs. Perú*, arrêt (fond, réparations, frais et dépens), 6 février 2001, Série C, n° 74, par. 102 ; *Yatama vs. Nicaragua*, arrêt (exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens), 23 juin 2005, Série C, n° 127.

²⁶⁷ Voir *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, 9 octobre 1979, par. 24 ; *Stanev c. Bulgarie*, 17 janvier 2012, n° 36760/06 [GC], par. 231.

²⁶⁸ *Pretto et autres c. Italie*, 8 décembre 1983, n° 7984/77, par. 21.

²⁶⁹ Voir *Adorisio et autres c. Pays-Bas*, n° 47315/13, 17 mars 2015, par. 44.

²⁷⁰ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Garantías judiciales en estados de emergencia*, avis consultatif OC-9/87, par. 27 ; *Ivcher Bronstein c. Perú*, par. 102 ; *Yatama vs. Nicaragua*.

²⁷¹ *Garantías judiciales en estados de emergencia*, avis consultatif OC-9/87, par. 28.

l'essentiel, de toutes les garanties judiciaires auxquelles il est fait référence dans la Convention, y compris en cas de suspension régie par l'article 27²⁷².

164. Au niveau universel, le Comité des droits de l'homme s'est prononcé sur la question des droits et garanties de procédure évoqués plus haut dans plusieurs de ses observations générales²⁷³, en particulier l'observation générale n° 32 relative au droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable et l'observation générale n° 35 (2014) relative à la liberté et la sécurité de la personne. Dans la première, le Comité a déclaré que « [l]e droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice ainsi que le droit à un procès équitable [était] un élément clef de la protection des droits de l'homme et constitu[ait] un moyen de procédure pour préserver la primauté du droit²⁷⁴ » et que « [l]'article 14 énonç[ait] les garanties que les états parties doivent respecter quelles que soient les traditions juridiques auxquelles ils se rattachent et leur législation interne²⁷⁵ ».

165. S'il ne s'agit pas, dans le présent chapitre, d'analyser de manière détaillée le contenu des droits et des garanties de procédure, il semble néanmoins utile que la Commission dispose d'une liste indicative des droits qui entrent dans cette catégorie. Ainsi, suivant l'ordre dans lequel ils apparaissent dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques²⁷⁶, les droits que doivent reconnaître au représentant de l'État étranger les autorités compétentes de l'État du for qui entendent exercer leur compétence sont les suivants :

a) Le droit de ne pas faire l'objet d'une arrestation arbitraire et de ne pas être privé de liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi²⁷⁷ ;

b) Le droit d'être informé, au moment de son arrestation, des raisons de cette arrestation et le droit d'être dûment informé, de façon détaillée et dans une langue qu'il comprend, de la nature et des motifs des accusations portées contre lui²⁷⁸ ;

c) En cas d'arrestation ou de détention, le droit d'être présenté devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions juridictionnelles, et le droit d'être jugé dans un délai raisonnable ou, à défaut, d'être libéré²⁷⁹ ;

d) S'il est arrêté ou mis en détention, le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale²⁸⁰ ;

e) S'il est privé de liberté, le droit d'être traité avec humanité et dans le respect de la dignité inhérente à toute personne²⁸¹ ;

²⁷² Ibid., par. 29.

²⁷³ [CCPRC/GC/35](#).

²⁷⁴ [CCPRC/GC/32](#), par. 2.

²⁷⁵ Par. 4. Dans le même paragraphe, le Comité a réitéré cette déclaration en ces termes : « S'il est vrai qu'ils doivent rendre compte de l'interprétation qu'ils donnent de ces garanties par rapport à leur propre système de droit, le Comité note que l'on ne peut pas laisser à la seule appréciation du législateur national la détermination de la teneur essentielle des garanties énoncées dans le Pacte. »

²⁷⁶ La Commission a déjà suivi une telle démarche pour l'article 11 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), par. 50, commentaire relatif à l'article 11, par. 6.

²⁷⁷ Art. 9, par. 1.

²⁷⁸ Art. 9, par. 2, et art. 14, par. 3 a).

²⁷⁹ Art. 9, par. 3.

²⁸⁰ Ibid., par. 4.

²⁸¹ Art. 10, par. 1.

- f) Le droit d'accéder aux tribunaux et d'agir en justice dans des conditions d'égalité, y compris d'être traité sans discrimination²⁸² ;
- g) Le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement, par des tribunaux compétents, indépendants et impartiaux établis selon la loi²⁸³ ;
- h) Le droit d'être présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit légalement établie²⁸⁴ ;
- i) Le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et de communiquer avec un conseil librement choisi²⁸⁵ ;
- j) Le droit d'être jugé sans retard excessif²⁸⁶ ;
- k) Le droit d'être présent à son procès et de se défendre lui-même ou d'être défendu par un conseil librement choisi ; s'il n'a pas de conseil, d'être informé qu'il a le droit d'en avoir un ; d'être assisté d'un conseil désigné d'office chaque fois que l'intérêt de la justice l'exige, et sans frais s'il n'a pas les moyens de le rémunérer²⁸⁷ ;
- l) Le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge²⁸⁸ ;
- m) Le droit de se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience²⁸⁹ ;
- n) Le droit de ne pas être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable²⁹⁰ ;
- o) Le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation, conformément à la loi²⁹¹ ;
- p) Le droit à obtenir réparation lorsqu'une condamnation pénale définitive est ultérieurement annulée ou lorsque la grâce est accordée parce qu'un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire, conformément à la loi, à moins qu'il ne soit prouvé que la non-révélation en temps utile du fait inconnu lui est imputable en tout ou partie²⁹² ;
- q) Le droit de ne pas être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays²⁹³ ;
- r) Le droit de ne pas être condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises, ainsi que le droit de ne pas se voir infliger de peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été

²⁸² Art. 14, par. 1.

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ Ibid., par. 2.

²⁸⁵ Ibid., par. 3 b).

²⁸⁶ Ibid., par. 3 c).

²⁸⁷ Ibid., par. 3 d).

²⁸⁸ Ibid., par. 3 e).

²⁸⁹ Ibid., par. 3 f).

²⁹⁰ Ibid., par. 3 g).

²⁹¹ Ibid., par. 5.

²⁹² Ibid., par. 6.

²⁹³ Ibid., par. 7.

commise, et, en tout état de cause, de bénéficier de toute peine plus légère qui serait prévue par la suite pour la même infraction²⁹⁴.

166. L'importance des droits et garanties énumérés ci-dessus est en outre confirmée par le fait que certains d'entre eux ne peuvent en aucune circonstance faire l'objet d'une dérogation²⁹⁵ et que ceux qui le peuvent, comme les droits et garanties énoncés à l'article 14, ne souffrent pas de dérogation si celle-ci revient à déroger de facto aux droits reconnus. Ainsi, selon le Comité des droits de l'homme, un élément inhérent à la protection des droits expressément déclarés non susceptibles de dérogation est qu'ils doivent s'accompagner de garanties procédurales et judiciaires. Par conséquent, les dispositions du Pacte relatives au droit à une procédure régulière ou aux garanties procédurales ne peuvent jamais faire l'objet de mesures de nature à compromettre ou à réduire la protection des droits qui n'admettent pas de dérogation²⁹⁶. En résumé, la dérogation aux principes de la légalité et de l'état de droit ne peut se justifier en aucune circonstance. Partant, les exigences fondamentales du procès équitable indiquées ci-après ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation et ne peuvent être suspendues :

- a) Seul un tribunal peut juger et condamner l'auteur d'une infraction ;
- b) La présomption d'innocence doit être respectée ;
- c) Le droit de saisir un tribunal pour qu'il se prononce sans retard sur la légalité d'une détention ne peut être remis en cause.

167. En principe, les droits et les garanties de procédure susmentionnés sont censés s'appliquer à toute personne, quelle que soit sa qualité, à l'égard de laquelle tel ou tel État est amené à exercer sa compétence pénale. Aussi pourrait-on se demander s'ils présentent un intérêt pour le sujet de l'immunité de juridiction. À cette question, il convient néanmoins de répondre par l'affirmative. Premièrement, parce que certains de ces droits et garanties s'appliquent avant que la compétence ne commence à s'exercer pleinement. Deuxièmement, parce que ces droits et garanties doivent être respectés tant au stade de l'examen de l'applicabilité de l'immunité par le tribunal de l'État du for que par la suite, lors du procès, si le tribunal conclut que l'immunité ne s'applique pas. Envisager expressément cette question dans le projet d'articles constitue donc une garantie supplémentaire tant pour le représentant que pour l'État dont il ressort.

168. Quoiqu'il en soit, les droits et garanties de procédure doivent être abordés par rapport à leur lien avec le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère, en fonction duquel chacun d'eux sera plus ou moins pertinent. En ce sens, il convient d'appeler particulièrement l'attention sur les droits et garanties relatifs à la détention, à l'accès aux tribunaux, à la représentation en justice et l'assistance consulaire, au problème particulier des procès par contumace et à la publicité des procédures. Toutefois, il appartiendra aux autorités de l'État du for de déterminer et de respecter les droits et garanties de procédure applicables, et d'en tenir compte au cas par cas.

²⁹⁴ Art. 15, par. 1.

²⁹⁵ Voir Pacte, art. 4, par. 2.

²⁹⁶ Voir l'observation générale n° 29 relative à l'état d'urgence, par. 15, et l'observation générale n° 32 relative au droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable, par. 6. Voir également, dans l'observation générale n° 32, l'analyse des liens entre l'article 14 et les autres dispositions du Pacte (par. 58 à 65).

B. Travaux antérieurs de la Commission

169. La Commission s'est déjà penchée sur les droits et les garanties de procédure examinés dans le présent chapitre, les exemples les plus récents étant les projets d'article sur l'expulsion des étrangers (art. 26 : droits procéduraux de l'étranger objet de l'expulsion)²⁹⁷ et sur les crimes contre l'humanité (art. 11 [10] : traitement équitable de l'auteur présumé de l'infraction)²⁹⁸. Elle avait proposé des articles touchant cette question dans ses travaux sur la protection et l'inviolabilité des agents diplomatiques et des autres personnes ayant droit à une protection spéciale en vertu du droit international, qui ont abouti au projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale (art. 8)²⁹⁹ et au projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (art. 11)³⁰⁰.

170. Dans les deux projets d'articles les plus récents, la Commission a opté pour des formules clairement différentes. Alors que, dans le projet d'articles sur l'expulsion des étrangers, elle a pris le parti d'énumérer les droits procéduraux qui doivent être reconnus à l'étranger objet de l'expulsion³⁰¹, dans le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité adopté en première lecture, elle a choisi d'énoncer en termes généraux le droit à un traitement équitable de la personne accusée d'un crime contre l'humanité³⁰². Le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité s'inspire donc de

²⁹⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, par. 44.

²⁹⁸ *Ibid.*, *soixante-douzième session, Supplément n° 10 (A/72/10)*, par. 45.

²⁹⁹ *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 348.

³⁰⁰ Voir *supra* note 276.

³⁰¹ « Article 26. Droits procéduraux de l'étranger objet de l'expulsion

1. L'étranger objet de l'expulsion jouit des droits procéduraux suivants :
 - a) Le droit à la notification de la décision d'expulsion ;
 - b) Le droit de contester la décision d'expulsion, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent ;
 - c) Le droit d'être entendu par une autorité compétente ;
 - d) Le droit d'accès à des recours effectifs pour contester la décision d'expulsion ;
 - e) Le droit de se faire représenter devant l'autorité compétente ;
 - f) Le droit de se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée par l'autorité compétente.

2. Les droits énumérés au paragraphe 1 sont sans préjudice d'autres droits ou garanties procéduraux prévus par le droit.

3. L'étranger objet de l'expulsion a le droit de demander l'assistance consulaire. L'État expulsant ne doit pas empêcher l'exercice de ce droit ou de l'assistance consulaire.

4. Les droits procéduraux prévus dans cet article sont sans préjudice de l'application de toute législation de l'État expulsant concernant l'expulsion d'étrangers qui se trouvent illégalement sur son territoire depuis une courte période. »

³⁰² « Article 11 [10]. Traitement équitable de l'auteur présumé de l'infraction

1. Toute personne objet de mesures à raison de l'une des infractions couvertes par les présents projets d'article jouit de la garantie à tous les stades de la procédure d'un traitement équitable, y compris d'un procès équitable, et de la pleine protection des droits qu'elle tire du droit interne et du droit international applicables, y compris le droit des droits de l'homme.

2. Toute personne qui est incarcérée, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention dans un État autre que son État de nationalité est en droit :

- a) De communiquer sans retard avec le plus proche représentant qualifié de l'État ou des États dont elle a la nationalité ou qui est autrement habilité à protéger les droits de ladite personne ou, s'il s'agit d'une personne apatride, de l'État qui est disposé, sur la demande de cette personne, à protéger ses droits ;

b) De recevoir la visite d'un représentant de cet État ou de ces États ; et

c) D'être informée sans retard des droits que lui confère le présent paragraphe.

3. Les droits visés au paragraphe 2 s'exercent dans le cadre des lois et règlements de l'État sur le territoire sous la juridiction duquel se trouve la personne, étant entendu que ces lois et règlements

la formule employée en 1972 par la Commission dans le projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale, lequel se limite à disposer, à l'article 8, ce qui suit :

Toute personne contre laquelle une procédure est engagée en raison d'une des infractions prévues à l'article 2 jouit de la garantie d'un traitement équitable à tous les stades de la procédure³⁰³.

Cette formule a été reprise par la suite dans la Convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques³⁰⁴.

171. On comprend aisément le choix de ce libellé à la lecture du commentaire de la Commission relatif à l'article 8 susmentionné, reproduit ci-après :

L'article 8 [...] est destiné à sauvegarder les droits de l'auteur présumé de l'infraction à partir du moment où il est découvert et où des mesures sont prises pour que sa présence soit assurée jusqu'à ce qu'une décision définitive intervienne sur l'affaire. En raison de son caractère général, l'expression « traitement équitable » a été préférée à des expressions plus usuelles telles que « droits de la défense », « procédure équitable » ou « procès équitable », qui pourraient être interprétées dans un sens strictement technique. L'expression « traitement équitable » [traitement impartial] est censée englober toutes les garanties généralement accordées à une personne détenue ou accusée. Un exemple de garanties de ce genre figure à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques³⁰⁵.

172. Le cas de figure qui nous occupe ici présente des particularités dont il faut tenir compte. Tout d'abord, on ne doit pas oublier qu'il s'agit de protéger les droits et les garanties de procédure dans le cadre de procédures pénales et dans les cas où se pose la question de l'immunité. Ensuite, il faut garder à l'esprit que, comme indiqué plus haut, ces droits et garanties devraient s'appliquer à tous les stades de la procédure, tant au stade de la décision sur l'applicabilité de l'immunité qu'ultérieurement, si l'immunité ne s'applique pas et que les tribunaux de l'État du for exercent leur compétence pénale. Par conséquent, il semble préférable d'opter pour une formule générale et exhaustive qui couvre l'ensemble des droits et des garanties de procédure susmentionnés, dont l'application concrète se fera au cas par cas.

173. Compte tenu des considérations qui précèdent, le projet d'article ci-après est proposé :

Projet d'article 16

Traitement équitable et impartial du représentant de l'État

1. Le représentant d'un État dont l'immunité de juridiction pénale étrangère est examinée par les autorités de l'État du for jouit de toutes les garanties d'un traitement

doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du paragraphe 2. »

³⁰³ Voir *supra* note 299.

³⁰⁴ Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (New York, 14 décembre 1973), *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 1035, n° 15410, p. 167. Aux termes de l'article 9 de la Convention : « Toute personne contre laquelle une procédure est engagée en raison d'une des infractions prévues à l'article 2 jouit de la garantie d'un traitement équitable à tous les stades de la procédure. »

³⁰⁵ Voir *supra* note 299.

équitable, y compris les droits et les garanties de procédure du procès équitable et impartial.

2. Ces garanties s'appliquent tant au cours de l'appréciation de l'applicabilité de l'immunité de juridiction que lors de toute procédure judiciaire engagée contre le représentant si l'immunité de juridiction ne s'applique pas.

3. Les garanties d'un traitement équitable et impartial comprennent en tout état de cause l'obligation d'informer sans retard le plus proche représentant de l'État de l'intéressé que ce dernier a été arrêté ou fait l'objet d'une autre mesure susceptible de porter atteinte à sa liberté individuelle, afin que celui-ci puisse recevoir l'assistance à laquelle il a droit en vertu du droit international.

4. Le traitement équitable et impartial du représentant se fait conformément aux normes internationales applicables ainsi qu'aux lois et autres normes de l'État du for.

Chapitre V

Programme de travail futur

174. Avec le traitement des aspects procéduraux de l'immunité s'achève l'analyse des différentes questions que la Rapporteuse spéciale avait inscrites au programme de travail soumis à l'examen de la Commission en 2012. Autrement dit, après avoir examiné le présent rapport, la Commission devrait être en mesure d'adopter en première lecture le projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, avant de le communiquer aux États pour observations.

175. Cependant, il n'a pas été possible d'étudier dans le présent rapport le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales, question dont la Rapporteuse spéciale avait annoncé dans son sixième rapport qu'elle devrait être abordée avant la fin des débats sur le sujet. Comme indiqué plus haut³⁰⁶, cette situation tient au fait qu'à l'heure de l'établissement du présent rapport, la Cour pénale internationale n'avait pas encore statué sur la question de l'obligation de coopérer de la Jordanie. Il convient néanmoins de souligner que, dans cette affaire, différentes questions ont été soulevées qui pourraient avoir une incidence sur les travaux de la Commission sur le présent sujet et qui mériteront donc d'être examinées en temps utile. Par conséquent, la Rapporteuse spéciale se propose de revenir sur la question du lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales lorsque la Cour se sera prononcée.

176. En outre, la Rapporteuse spéciale souhaiterait connaître l'avis des membres de la Commission sur la possibilité de traiter dans le projet d'articles les deux nouvelles questions suivantes : a) la définition d'un mécanisme de règlement des différends entre l'État du for et l'État du représentant, ainsi qu'un État l'a proposé lors des débats tenus à la Sixième Commission ; b) la recommandation de bonnes pratiques susceptibles de faciliter la résolution des problèmes concrets qui se posent lors de l'appréciation de l'immunité, comme l'élaboration d'instructions ou de manuels à l'intention des divers organes de l'État amenés à être en relation avec des représentants étrangers. La Rapporteuse spéciale invite les membres de la Commission à lui faire part de leurs observations à ce propos.

177. Sur la base des observations reçues lors la présente session de la Commission, et lorsque la Cour pénale internationale se sera prononcée, la Rapporteuse spéciale se propose d'établir un ultime rapport en 2020. Ainsi, après avoir examiné le septième

³⁰⁶ Voir *supra*, par. 17, 92 et 93.

rapport (y compris les neuf projets d'article proposés) à la présente session, la Commission pourra adopter le projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État en première lecture à la session prochaine.

Annexe I

Projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés par la Commission

Première partie Introduction

Projet d'article 1

Champ d'application du présent projet d'articles

1. Le présent projet d'articles s'applique à l'immunité des représentants de l'État au regard de la juridiction pénale d'un autre État.
2. Le présent projet d'articles est sans préjudice de l'immunité de la juridiction pénale découlant de règles spéciales du droit international, dont jouissent en particulier des personnes attachées à des missions diplomatiques, à des postes consulaires, à des missions spéciales, à des organisations internationales et aux forces armées d'un État.

Projet d'article 2

Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

[...]

- e) On entend par « représentant de l'État » tout individu qui représente l'État ou qui exerce des fonctions étatiques ;
- f) « Acte accompli à titre officiel » s'entend de tout acte accompli par un représentant de l'État dans l'exercice de l'autorité étatique.

Deuxième partie

Immunité *ratione personae*

Projet d'article 3

Bénéficiaires de l'immunité *ratione personae*

Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.

Projet d'article 4

Portée de l'immunité *ratione personae*

1. Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* uniquement durant leur mandat.
2. Cette immunité *ratione personae* s'étend à tous les actes qui sont accomplis, tant à titre privé qu'à titre officiel, par les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères au cours de leur mandat ou antérieurement à celui-ci.

3. L'extinction de l'immunité *ratione personae* est sans préjudice de l'application des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae*.

Troisième partie

Immunité *ratione materiae*

Projet d'article 5

Bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae*

Les représentants de l'État agissant à ce titre bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.

Projet d'article 6

Portée de l'immunité *ratione materiae*

1. Les représentants de l'État bénéficient de l'immunité *ratione materiae* uniquement en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel.
2. L'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel subsiste après que les individus concernés ont cessé d'être des représentants de l'État.
3. Les individus ayant bénéficié de l'immunité *ratione personae* conformément au projet d'article 4, dont le mandat a pris fin, continuent de bénéficier de l'immunité en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel au cours dudit mandat.

Projet d'article 7

Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas

1. L'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère ne s'applique pas en ce qui concerne les crimes de droit international suivants :
 - a) crime de génocide ;
 - b) crimes contre l'humanité ;
 - c) crimes de guerre ;
 - d) crime d'apartheid ;
 - e) torture ;
 - f) disparitions forcées.
2. Aux fins du présent projet d'article, les crimes de droit international visés ci-dessus doivent s'entendre conformément à la définition qu'en donnent les traités énumérés à l'annexe du présent projet d'articles.

Annexe

Liste des traités visés au paragraphe 2 du projet d'article 7

Crime de génocide

- Statut de Rome de la Cour pénale internationale (17 juillet 1998), article 6 ;
- Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (9 décembre 1948), article II.

Crimes contre l'humanité

- Statut de Rome de la Cour pénale internationale (17 juillet 1998), article 7 ;

Crimes de guerre

- Statut de Rome de la Cour pénale internationale (17 juillet 1998), article 8, paragraphe 2 ;

Crime d'apartheid

- Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (30 novembre 1973), article II.

Torture

- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (10 décembre 1984), article premier, paragraphe 1.

Disparitions forcées

- Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (20 décembre 2006), article 2.

Annexe II

Projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État soumis à l'examen de la Commission à sa soixante et onzième session

Quatrième partie Dispositions et garanties procédurales

Projet d'article 8

Examen de la question de l'immunité par l'État du for

1. Les autorités compétentes de l'État du for examinent la question de l'immunité dès qu'elles ont connaissance qu'un représentant étranger peut être visé par une procédure pénale.
2. L'examen de la question de l'immunité intervient à un stade précoce de l'instance, avant la mise en accusation du représentant et l'engagement des poursuites.
3. L'examen de la question de l'immunité intervient en tout état de cause si les autorités compétentes de l'État ont l'intention de prendre contre le représentant étranger une mesure coercitive susceptible de l'empêcher d'exercer ses fonctions.

Projet d'article 9

Détermination de l'immunité

1. La détermination de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État incombe aux juridictions compétentes de l'État du for, sans préjudice de la participation d'autres organes de l'État qui, conformément à la législation nationale, pourront coopérer avec elles.
2. L'immunité de l'État étranger est déterminée conformément aux dispositions du présent projet d'articles et selon les procédures établies par le droit national.
3. La juridiction compétente examine si l'État du représentant a invoqué l'immunité ou a renoncé à l'immunité, ainsi que les informations lui ayant été communiquées par d'autres autorités de l'État du for et par les autorités de l'État du représentant, dans la mesure du possible.

Projet d'article 10

Invocation de l'immunité

1. L'État peut invoquer l'immunité de juridiction pénale étrangère de l'un de ses représentants devant l'État qui entend exercer sa compétence.
2. L'immunité doit être invoquée dès que l'État du représentant a connaissance de l'intention de l'État du for d'exercer sa compétence pénale à son égard.
3. L'immunité est invoquée par écrit et de manière claire, l'identité du représentant à l'égard duquel l'immunité est invoquée et le type d'immunité opposée étant indiqués.
4. L'immunité est invoquée de préférence selon les procédures établies dans les accords de coopération et d'entraide judiciaire auxquels les deux États sont parties ou suivant d'autres procédures généralement acceptées par ces États. L'immunité peut également être invoquée par la voie diplomatique.
5. Lorsque l'immunité n'est pas invoquée directement devant les juridictions de l'État du for, les autorités qui ont été notifiées de l'invocation de l'immunité utilisent

tous les moyens à leur disposition pour en informer les organes compétents pour apprécier l'application de l'immunité, lesquels devront se prononcer sur la question dès qu'ils prennent connaissance de l'invocation de l'immunité.

6. En tout état de cause, les organes compétents pour apprécier l'immunité se prononcent d'office sur son application à l'égard des représentants de l'État qui bénéficient de l'immunité *ratione personae*, que l'État du représentant invoque ou non cette immunité.

Projet d'article 11

Renonciation à l'immunité

1. L'État peut renoncer à l'immunité de juridiction pénale étrangère de ses représentants.

2. La renonciation doit être expresse et claire ; elle doit désigner le représentant dont l'immunité est levée et, le cas échéant, les actes visés.

3. La renonciation a lieu de préférence selon les procédures établies dans les accords de coopération et d'entraide judiciaire auxquels les deux États sont parties ou suivant d'autres procédures généralement acceptées par ces États. La renonciation à l'immunité peut être notifiée par la voie diplomatique.

4. Par renonciation expresse, on entend une renonciation pouvant se déduire de manière claire et sans équivoque d'un traité international auquel sont parties l'État du for et l'État du représentant.

5. Lorsque la renonciation à l'immunité n'est pas faite directement devant les juridictions de l'État du for, les autorités qui ont été notifiées de la renonciation utilisent tous les moyens à leur disposition pour en informer les organes ayant compétence pour apprécier l'application de l'immunité.

6. La renonciation à l'immunité est irrévocable.

Projet d'article 12

Notification à l'État du représentant

1. Lorsque les autorités compétentes de l'État du for disposent d'éléments suffisants pour conclure qu'un représentant d'un État étranger pourrait être soumis à sa juridiction pénale, l'État du for le notifie à l'État du représentant. À cette fin, les États envisagent de prévoir dans leur droit interne les procédures nécessaires pour faciliter une telle notification.

2. La notification comprend l'identité du représentant, les actes commis par ce dernier sur lesquels pourrait s'exercer la juridiction pénale et l'autorité compétente pour exercer une telle juridiction conformément à la législation de l'État du for.

3. La notification est faite par l'un quelconque des moyens de communication acceptés par les deux États ou par les moyens prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales auxquels les deux États sont parties. Si de tels moyens n'existent pas ou n'ont pas été approuvés, la notification se fait par la voie diplomatique.

Projet d'article 13

Échange d'informations

1. L'État du for peut demander à l'État du représentant les informations qui lui paraissent utiles pour se prononcer sur l'application de l'immunité.

2. Les demandes d'information se font conformément aux procédures prévues dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales auxquels les deux États sont parties ou suivant toute autre procédure convenue d'un commun accord. S'il n'existe pas de procédure applicable, les informations peuvent être demandées par la voie diplomatique.

3. Si les informations ne sont pas communiquées directement aux organes judiciaires compétents pour se prononcer sur l'immunité, les autorités de l'État du for qui les ont reçues les transmettent aux juridictions compétentes conformément à leur droit interne. À cette fin, les États envisagent de prévoir dans leur droit interne les procédures nécessaires pour faciliter la communication des informations.

4. L'État du représentant peut refuser la demande d'information s'il considère que celle-ci porte atteinte à sa souveraineté, à l'ordre public, à la sécurité ou à des intérêts publics essentiels. Avant de refuser la demande d'information, l'État du représentant envisage de soumettre la communication d'informations à certaines conditions.

5. Les informations reçues sont, le cas échéant, soumises aux conditions de confidentialité fixées par l'État du représentant, qui doivent être remplies dans le respect des dispositions prévues dans les traités d'entraide sur lesquels se fondent la demande et la communication d'informations, ou, à défaut, aux conditions fixées par l'État du représentant au moment de la fourniture des informations.

6. Le refus de l'État du représentant de communiquer les informations demandées ne peut pas être considéré comme un motif suffisant pour déclarer que l'immunité de juridiction ne s'applique pas.

Projet d'article 14

Transfert de la procédure pénale à l'État du représentant

1. Les autorités de l'État du for peuvent renoncer à exercer leur compétence au profit de l'État du représentant, auquel elles transfèrent la procédure pénale engagée ou envisagée contre le représentant.

2. Une fois le transfert demandé, l'État du for suspend la procédure pénale jusqu'à ce que l'État du représentant se soit prononcé sur la demande.

3. Le transfert de la procédure à l'État du représentant se fait conformément aux dispositions prévues dans la législation de l'État du for et dans les conventions de coopération et d'entraide judiciaire internationales auxquelles l'État du for et l'État du représentant sont parties.

Projet d'article 15

Consultations

L'État du for et l'État du représentant se consultent, à l'initiative de l'un ou de l'autre, sur les questions relatives à l'appréciation de l'immunité du représentant étranger, conformément aux dispositions du présent projet d'articles.

Projet d'article 16

Traitement équitable et impartial du représentant de l'État

1. Le représentant d'un État dont l'immunité de juridiction pénale étrangère est examinée par les autorités de l'État du for jouit de toutes les garanties d'un traitement équitable, y compris les droits et les garanties de procédure du procès équitable et impartial.

2. Ces garanties s'appliquent tant au cours de l'appréciation de l'applicabilité de l'immunité de juridiction que lors de toute procédure judiciaire engagée contre le représentant si l'immunité de juridiction ne s'applique pas.
 3. Les garanties d'un traitement équitable et impartial comprennent en tout état de cause l'obligation d'informer sans retard le plus proche représentant de l'État de l'intéressé que ce dernier a été arrêté ou fait l'objet d'une autre mesure susceptible de porter atteinte à sa liberté individuelle, afin que celui-ci puisse recevoir l'assistance à laquelle il a droit en vertu du droit international.
 4. Le traitement équitable et impartial du représentant se fait conformément aux normes internationales applicables ainsi qu'aux lois et autres normes de l'État du for.
-